PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME SEPTIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33.

1878

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION (suite).

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT (suite).

SECTION IV. — Des obligations de l'usufruitier (suite).

§ III. *Des obligations de l'usufruitier pendant la jouissance.*

N° 3. DES CHARGES DE L'USUFRUIT.

I. *Des charges annuelles grevant les revenus.*

1. « L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits » (art. 608). On voit, par le texte que nous venons de transcrire, le motif pour lequel la loi impose ces charges à l'usufruitier : il perçoit tous les fruits pendant la durée de sa jouissance; or, il y a des impositions établies dans un intérêt public, qui se prélèvent sur les fruits ; à ce titre, l'usufruitier en doit être tenu. Le code donne comme exemple les contributions ; il ne distingue pas entre les diverses espèces de contributions ; quelle que soit la base de l'impôt, il frappe l'usufruitier, pourvu qu'il soit, comme le dit l'article 608, une charge des fruits, et telles sont les contributions que l'Etat exige des particuliers ; elles ne se prélèvent pas sur le capital, mais sur le revenu, donc elles doivent peser sur l'usufruitier qui perçoit tout

le revenu. Voilà pourquoi il en est tenu d'après l'article 608, ce qui implique une obligation personnelle, en ce sens que l'usufruitier est porté sur le rôle des contribuables; à la différence des locataires et fermiers qui ne sont pas inscrits sur les rôles, au moins pour l'impôt foncier, bien qu'en vertu de leur contrat ils soient souvent obligés de le payer; ils sont, en ce cas, débiteurs envers le bailleur, tandis que l'usufruitier est débiteur envers l'Etat.

Le code ajoute qu'il en est de même des autres charges qui sont censées charges des fruits. Telles sont avant tout les impositions auxquelles sont tenus les habitants d'une ville au profit de la commune, et les habitants d'une province au profit de la province. Nous ne parlons pas seulement des centimes additionnels qui font partie des contributions publiques, en ce sens qu'ils sont perçus en même temps que l'impôt principal, bien que le produit soit versé dans les caisses de la commune et de la province. Il y a d'autres impôts qui sont perçus directement par la commune ou par la province, et qui, se prélevant aussi sur le revenu, sont une charge de l'usufruitier. Faut-il, comme la loi semble le dire, que ces impositions soient *annuelles* pour que l'usufruitier soit tenu de les acquitter? Non; elles sont, d'ordinaire, perpétuelles et se perçoivent chaque année, c'est pour cela que la loi parle de charges *annuelles*. Mais l'usufruitier en serait tenu, alors même que la charge ne serait pas permanente; tels sont les centimes additionnels qui sont parfois imposés dans des circonstances extraordinaires; telles seraient aussi des impositions en nature, comme les réquisitions en temps de guerre. Il n'y a qu'une condition requise pour que les charges publiques soient supportées par l'usufruitier, c'est qu'elles soient imposées sur le revenu. C'est d'après ce caractère qu'il faut décider si les contributions extraordinaires, imposées sous forme de centimes additionnels, doivent être supportées par l'usufruitier (1).

2. Il en est de même de toute charge publique qui frappe le revenu. Telle est l'obligation qui incombe aux

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 137, n° 206. Demolombe, t. X, p. 552, n° 601. Aubry et Rau, t. II, p. 499 et note 24.

riverains des cours d'eau non navigables de contribuer aux frais de leur curage (1). C'est surtout des charges publiques que le code entend parler, puisqu'il donne comme exemple les contributions. Il y a aussi des charges qui résultent des conventions ou du titre constitutif de l'usufruit. Pour que l'usufruitier soit tenu d'une charge conventionnelle, il faut qu'elle constitue un droit réel ; telles sont les hypothèques et les servitudes qui grèvent le fonds dont il a la jouissance. Quant aux obligations personnelles, l'usufruitier n'en est tenu que s'il y est intéressé à raison de la jouissance de la chose, ou si elles lui ont été imposées par le titre constitutif de l'usufruit. Les obligations conventionnelles qui concernent tout ensemble la jouissance et la nue propriété se répartissent entre le nu propriétaire et l'usufruitier, comme nous le dirons plus loin.

3. Quelle est l'étendue de ces charges? L'article 608 dit que l'usufruitier en est tenu *pendant sa jouissance*. Cela veut dire qu'il en est tenu à raison de la durée de sa jouissance. Son droit étant temporaire, les charges qu'il supporte doivent aussi être temporaires. Il faut donc appliquer, par analogie, aux charges ce que le code dit des fruits civils; de même que l'usufruitier perçoit ceux-ci jour par jour, de même il est tenu des autres jour par jour (2). Rien ne serait plus équitable si tous les fruits se percevaient, comme les fruits civils, en proportion de la durée de la jouissance. Mais les fruits naturels n'appartiennent à l'usufruitier que lorsqu'ils sont séparés du fonds. Si donc il cultive lui-même, il pourra arriver qu'il gagne tous les fruits de l'année pendant une jouissance de trois mois, bien qu'il ne soit tenu des charges qu'à raison des trois mois qu'a duré l'usufruit. Par contre, il peut être tenu des charges pendant six mois, sans avoir perçu aucun fruit. Il y a plus. S'il y a un bois de haute futaie dans son usufruit, il devra acquitter l'impôt foncier pendant toute la durée de son droit, bien qu'il ne puisse pas y faire une coupe. Ce sont des chances qui font de l'usufruit un droit

(1) Loi du 14 floréal an XI. Proudhon, t. IV, p. 227, n° 1793. Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 558, énumère ces charges.
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 500. Demolombe, t. X, p. 557, n° 607.

aléatoire (1). Cela confirme ce que nous avons dit du principe concernant les fruits : les charges devraient toujours être proportionnées au droit; puisqu'elles courent jour par jour, l'usufruitier devrait aussi avoir droit à toute espèce de fruits, jour par jour (2).

4. On demande si l'usufruitier est tenu de ces charges au delà de son émolument, *ultra vires*, comme on dit dans le langage de l'école. Quant aux charges publiques, il n'y a pas le moindre doute. Nous venons de dire que l'usufruitier en serait tenu, alors même qu'il n'aurait perçu aucun fruit. Si l'usufruitier percevait les fruits naturels comme les fruits civils, la charge serait toujours moindre que l'émolument, puisque les impositions publiques sont établies de manière à laisser au possesseur qui les paye la plus grande partie de son revenu. La question se présente surtout pour les charges particulières que le titre constitutif impose à l'usufruitier. Proudhon hésite; la question lui paraît douteuse; mais entraîné par l'autorité de la tradition, il finit par dire que l'usufruitier n'est tenu de ces charges que jusqu'à concurrence de son émolument. Ce qui l'a décidé, c'est le principe en vertu duquel le successeur universel seul est tenu *ultra vires*, encore faut-il qu'il représente la personne du défunt. Demolombe se range de cet avis en ajoutant sa réserve habituelle, qu'il faut consulter les termes de l'acte et toutes les circonstances de l'espèce (3). Nous n'aimons pas ces réserves que l'on fait en faveur des circonstances de la cause, parce qu'elles détruisent toute idée de droit. Or, la question est bien une question de droit. Il nous semble que Proudhon confond les charges que le titre impose à l'usufruitier avec les dettes. Sans doute l'usufruitier n'est pas tenu des dettes *ultra vires*, puisqu'il n'y contribue que quant aux intérêts. Mais les charges sont régies par des principes tout différents. Il y a de cela une preuve évidente. L'usufruitier d'une chose déterminée ne contribue jamais aux dettes, pas même pour les

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. IV, p. 233-235, n°s 1805-1809.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 496, n° 394.
(3) Proudhon, t. IV, p. 246, n°s 1822 et 1823. Demolombe, t. X, p. 554, n° 605.

intérêts ; néanmoins il supporte les charges publiques dont parle l'article 608, et il supporte aussi les charges qui sont attachées à son droit par le titre constitutif. Libre à lui de ne pas accepter l'usufruit si les charges lui paraissent trop lourdes ; libre encore à lui de renoncer à l'usufruit s'il s'aperçoit que les charges dépassent le bénéfice ; mais aussi longtemps qu'il reste usufruitier, il doit supporter les charges auxquelles il s'est soumis en acceptant l'usufruit (1).

5. Par contre, le titre peut décharger l'usufruitier des charges qu'il devrait supporter à raison des revenus qu'il perçoit. Le testateur peut disposer que les impositions seront supportées, non par l'usufruitier, mais par son héritier. Il va sans dire que l'usufruitier restera tenu envers l'Etat, car il n'appartient pas aux particuliers de déroger aux lois d'impôts qui donnent à l'Etat une action directe contre l'usufruitier. Mais l'usufruitier qui paye les impôts dont le testateur l'a déchargé aura un recours contre l'héritier. Cela ne fait aucun doute (2). De même, le titre qui impose des charges à l'usufruitier peut limiter ces charges au montant des revenus. Ces charges sont d'intérêt purement privé ; partant il appartient aux particuliers de les régler comme ils l'entendent.

II. *Des charges qui pèsent sur la toute propriété.*

6. Il y a des charges qui sont imposées sur la propriété, c'est-à-dire sur le capital ; comme, pendant la durée de l'usufruit, le capital est partagé entre le nu propriétaire et l'usufruitier, tous les deux doivent contribuer au payement de ces charges. L'article 609 pose le principe que l'usufruitier les supporte quant aux intérêts. Telles sont les contributions de guerre ; elles ne sont pas levées sur le revenu ; celui qui les impose entend frapper la propriété même, c'est en quelque sorte une rançon que les propriétaires payent, pour racheter leurs terres qui par le droit

(1) Comparez Genty, *De l'usufruit*, p. 208, n° 255, et Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 561.
(2) Proudhon, t. IV, p. 221, n° 1782.

du plus fort appartiennent au vainqueur. C'est la propriété rachetée qui doit acquitter la rançon. Quand la propriété n'est pas démembrée, le propriétaire seul paye la contribution de guerre ; quand l'usufruit en est détaché, les deux fractions doivent y contribuer : l'usufruitier, ayant la jouissance, la supportera quant aux intérêts ; le nu propriétaire, ayant le fonds, la supportera quant au capital.

7. L'article 609 dit que l'usufruitier et le propriétaire contribuent aux charges *imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit*. C'est la condition sous laquelle l'usufruitier est tenu de ces charges. Mais comment faut-il l'entendre? D'après la lettre de la loi, on pourrait croire que l'usufruitier ne contribue à ces charges que si elles ont été établies pendant sa jouissance, de sorte que si la contribution avait été frappée avant l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier n'y contribuerait pas, quand même le payement ne devrait se faire que pendant la durée de sa jouissance. Tel n'est pas le sens de la loi. Les impôts sont dus, non du jour où ils sont imposés, mais du jour où ils sont payables. Si la contribution de guerre est frappée en 1870 et payable immédiatement, le propriétaire seul en sera tenu, dans le cas où l'usufruit ne s'ouvre qu'en 1871. Il en serait ainsi, alors même que, de fait, le propriétaire n'aurait pas acquitté la charge; dès qu'elle est payable, elle devient une dette personnelle au propriétaire, il doit la payer quand même sa propriété serait démembrée. Mais si la contribution de guerre, frappée en 1870, n'était payable qu'en 1871, soit pour le tout, soit pour moitié, l'usufruitier y devrait contribuer pour la part qui échoit pendant la durée de son usufruit. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

8. Quelles sont les charges qui grèvent la propriété? et comment peut-on les distinguer de celles qui ne pèsent que sur la jouissance? Il est difficile de définir les caractères qui les distinguent. Ainsi des centimes additionnels peuvent être une contribution imposée au revenu, ou une

(1) Proudhon, t. X, p. 283, nos 1860 et 1861. Demolombe, t. X, p. 560, n° 611, et les auteurs qu'il cite.

contribution imposée à la propriété. Il faut prendre en considération la cause de l'imposition, le montant de la charge, les termes dans lesquels elle est établie. Il y a des charges qui ne laissent aucun doute : tel est un emprunt forcé. Quand l'Etat recourt à une mesure pareille, c'est précisément parce que l'imposition du revenu ne suffirait pas pour faire face aux besoins extraordinaires qui se présentent en temps de guerre ou de révolution; il est donc obligé de s'adresser au capital; c'est dire que nous sommes dans le cas prévu par l'article 609, et que l'usufruitier y doit contribuer (1). Nous avons déjà cité les contributions de guerre. L'indemnité qui est due aux entrepreneurs pour prix des travaux de desséchement de marais, ordonnés par le gouvernement, frappe aussi la propriété; ce qui le prouve, c'est que le propriétaire du marais a la faculté de se libérer de l'indemnité en délaissant une partie du fonds; l'indemnité représente donc une partie du fonds (2). Il en est de même de l'indemnité que les propriétaires doivent payer à l'Etat ou aux compagnies concessionnaires, à raison de la plus-value que leurs fonds acquièrent par la construction d'un canal, d'une route, d'une digue (3). La cause de l'indemnité en est une preuve certaine : la propriété augmente de valeur, donc c'est la propriété qui doit payer l'indemnité, et par suite l'usufruitier y doit contribuer, parce que la propriété ne peut augmenter de valeur sans que lui en profite.

9. Il y a aussi des charges d'intérêt privé qui, intéressant tout ensemble la jouissance et la nue propriété, doivent être supportées par le nu propriétaire et par l'usufruitier. Le testateur a vendu un fonds avec faculté de rachat; il lègue l'usufruit de tous ses biens. Si le rachat est exercé, le prix de vente doit être remboursé à l'acheteur. Voilà une charge qui pèse sur la toute propriété; l'usufruitier jouira du fonds racheté, il est donc juste qu'i'

(1) Proudhon, t. IV, p. 287, nº 1866.
(2) Loi du 16 septembre 1807, art. 21 et suiv. Proudhon, t. IV, p. 288, nº 1868.
(3) Loi du 16 septembre 1807, art. 19-21, 30 et 38. Demolombe, t. X, p. 561, nº 612.

paye l'intérêt de la somme qui représente cette jouissance. Lorsque le défunt a vendu l'immeuble à vil prix, l'héritier peut demander la rescision pour cause de lésion; si la vente est rescindée, le prix doit être restitué à l'acheteur; cette charge est supportée par le propriétaire et par l'usufruitier, puisque l'un et l'autre en profitent. Il en est de même dans tous les cas où une dépense se fait dans l'intérêt commun du propriétaire et de l'usufruitier. On appliquera l'article 609 quant au principe de contribution et quant au mode de répartir la part contributoire entre les parties intéressées (1). Il y a néanmoins une différence importante entre les charges publiques et les charges d'intérêt privé; les premières doivent nécessairement être acquittées, l'usufruitier est donc forcé aussi bien que le nu propriétaire d'y contribuer; les autres charges sont volontaires, en ce sens qu'il dépend des parties intéressées d'agir en rescision et en réméré, ou de ne pas agir. Naît alors la question de savoir si l'usufruitier doit consentir à l'action qui aura pour résultat de lui imposer une charge en même temps qu'elle lui procurera un bénéfice. Nous y reviendrons plus loin.

Il peut se faire que la charge incombe tout entière au nu propriétaire, bien que l'usufruitier en profite. Le testateur lègue l'usufruit d'une maison qui n'est pas entièrement achevée à sa mort. Il a été jugé que l'héritier était tenu d'achever la construction et que l'usufruitier ne devait pas contribuer aux frais (2). Tout dépend, en cette matière, de la volonté du disposant. La question doit être décidée d'après les termes du testament et d'après l'intention du testateur.

10. Aux termes de l'article 609, l'usufruitier et le propriétaire contribuent aux charges imposées sur la propriété, ainsi qu'il suit : « Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit. » De là suit qu'à la diffé-

(1) Proudhon donne encore d'autres applications du même principe (t. IV, p. 294, nos 1877-1888).

(2) Caen, 27 février 1849 (Dalloz, 1849, 2, 196).

rence des charges *annuelles* dont l'usufruitier est déclaré débiteur par la loi, c'est le propriétaire qui est *tenu*, c'est-à-dire débiteur des charges qui pèsent sur la propriété, bien que l'usufruitier y doive contribuer. Donc c'est le propriétaire qui est inscrit au rôle des contribuables, c'est lui qui doit payer. Pourrait-il demander que le fonds grevé d'usufruit fût vendu, au moins en partie, à l'effet d'acquitter la charge? L'article 612 donne ce droit au propriétaire, quand il s'agit du payement des dettes auxquelles l'usufruitier universel ou à titre universel contribue quant aux intérêts; mais l'article 609, relatif aux charges, dit que le propriétaire est obligé de les payer, c'est donc lui le débiteur principal. Comme tel, il doit acquitter la charge sur ses biens; il ne peut pas provoquer la vente des biens grevés d'usufruit; ils lui appartiennent, à la vérité, pour la nue propriété, et celle-là il peut la vendre; mais la jouissance est la propriété de l'usufruitier, et il ne peut pas provoquer la vente d'un droit qui ne lui appartient pas; il ne le pourrait qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi, et le code ne lui donne pas ce pouvoir (1). Quelle est la raison de cette différence que la loi met entre les charges et les dettes? Les charges diffèrent sous plusieurs rapports des dettes; elles pèsent sur la chose même, donc sur tout détenteur de la chose, et par suite l'usufruitier à titre particulier y doit contribuer aussi bien que l'usufruitier de tous les biens. Mais elles affectent avant tout le fonds, puisqu'elles sont imposées au capital; donc c'est le propriétaire qui est le vrai débiteur, et par conséquent il doit payer, sauf son recours contre l'usufruitier; étant tenu de payer, il doit naturellement payer sur ses biens. Tandis que les dettes sont une charge de la personne, l'usufruitier universel en est tenu, quant aux intérêts, au même titre que le propriétaire quant au capital; de là le législateur tire la conséquence que si l'usufruitier ne veut pas faire l'avance, le nu propriétaire doit avoir le choix ou de payer la dette, ou de faire vendre une portion des biens soumis à l'usufruit.

(1) Proudhon, t. IV, p. 285, n° 1863. Aubry et Rau, t. II, p. 500 et note 27.

Cependant il y a des cas dans lesquels le propriétaire peut provoquer la vente. D'abord, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, le propriétaire peut céder une partie du fonds en payement de l'indemnité qu'il doit au concessionnaire des travaux de desséchement (n° 8). Ensuite, si le nu propriétaire est dénué de toute ressource, et si l'usufruitier ne veut pas faire l'avance du capital, on admet que les tribunaux peuvent autoriser le premier à vendre une portion des biens grevés d'usufruit (1). Cela est douteux; les tribunaux ne peuvent pas, nous semble-t-il, dans le silence de la loi, autoriser le nu propriétaire à vendre l'usufruit qui ne lui appartient pas. C'est lui qui est débiteur; s'il ne paye pas, l'Etat ou le créancier saisira la nue propriété et la fera vendre, sauf ensuite au nu propriétaire à exercer son recours contre l'usufruitier. La voie de la vente d'une portion des biens soumis à l'usufruit est sans doute plus simple et plus profitable au nu propriétaire, puisque la nue propriété se vend mal; mais il nous paraît impossible que le juge supplée, en cette matière, au silence de la loi. Bien moins encore pouvons-nous admettre que le nu propriétaire ait toujours le droit de provoquer la vente des biens grevés d'usufruit. C'est le droit commun, dit-on, que le débiteur peut, par une vente volontaire, prévenir la vente forcée de ses biens (2). Cela est plus qu'évident; mais on oublie que l'usufruit n'appartient pas au nu propriétaire, et les tribunaux peuvent-ils m'autoriser à vendre ce qui ne m'appartient pas?

11. Quant à l'usufruitier, il n'est tenu, en principe, qu'à payer au nu propriétaire les intérêts de la somme que celui-ci a payée. L'article 609 dit que s'il avance cette somme, il peut la répéter à la fin de l'usufruit. Il ne doit donc pas faire l'avance, il n'est pas débiteur; l'Etat ou le créancier n'ont aucune action contre lui. Mais si le nu propriétaire ne paye pas, l'usufruitier peut faire l'avance, s'il le veut. Il paye alors pour le nu propriétaire, et partant il peut répéter, car il paye ce que celui-ci serait

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 500, note 28, et par Dalloz, au mot *Usufruit*, nos 571, 572.
(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 191, n° 233.

obligé de payer. Peut-il répéter immédiatement? Non, car il doit contribuer à la charge quant à l'intérêt; il ne peut donc pas jouir de cet intérêt pendant la durée de son usufruit. De cette manière, il supportera la charge dans la mesure de sa jouissance.

Faut-il appliquer l'article 609 aux dettes qui constituent une charge purement réelle du fonds soumis à l'usufruit? Tel est le cas des dettes pour la garantie desquelles le fonds est grevé d'un privilége ou d'une hypothèque, sans qu'il y ait une obligation personnelle à la charge du nu propriétaire. Le créancier a le droit de poursuivre l'usufruitier comme détenteur du fonds affecté d'une hypothèque ou d'un privilége. Si l'usufruitier paye la dette pour éviter l'expropriation, il a un recours contre le débiteur principal; sur ce point, il n'y a pas de doute : c'est l'application des principes qui régissent la subrogation (art. 1251, n° 3). A-t-il aussi un recours contre le nu propriétaire et quel est l'objet de ce recours? La difficulté est de savoir s'il faut appliquer l'article 612 ou l'article 609. Quant à l'article 612, il est inapplicable, car il suppose qu'il s'agit d'une dette dont le propriétaire est tenu comme débiteur personnel; or, dans l'espèce, la dette est étrangère au propriétaire. L'article 609 est-il applicable? Il y a quelque doute. Le nu propriétaire ne peut-il pas dire que cette dette n'est pas une charge qui grève la propriété, en ce sens du moins qu'il n'est pas *tenu* de la payer comme débiteur? Il est vrai que le nu propriétaire n'est pas tenu comme débiteur personnel, mais il est tenu comme possesseur de l'immeuble hypothéqué, car lui aussi est possesseur quant à la nue propriété, comme l'usufruitier est possesseur quant à la jouissance. C'est donc bien là une de ces charges pour lesquelles le nu propriétaire peut être poursuivi, et qu'il doit acquitter s'il veut éviter l'expropriation de l'immeuble. Mais comme il n'est pas débiteur personnel, pas plus que l'usufruitier, il ne doit pas supporter définitivement la dette s'il l'a payée comme tiers détenteur, pas plus que l'usufruitier, si lui l'a payée. De là une difficulté quant au recours qu'ils peuvent avoir l'un contre l'autre, en vertu de l'article 609. Puisqu'il y a un tiers dé-

biteur contre lequel l'usufruitier ou le nu propriétaire peut agir, leur action doit avant tout être dirigée contre lui, et si celui-ci paye, il n'y a plus lieu à répétition entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Mais que faut-il décider si le débiteur personnel ne paye pas? Il reste alors une charge réelle dont le fonds était tenu, et par conséquent le propriétaire. Dès lors si l'usufruitier a payé, il aura son recours contre le nu propriétaire pour le capital, à la fin de l'usufruit; et si le nu propriétaire a payé, il a son recours immédiat contre l'usufruitier pour les intérêts que celui-ci doit supporter pendant la durée de l'usufruit (1).

12. Ces principes s'appliquent aussi aux rentes dites *foncières*. Dans l'ancien droit, elles constituaient une charge réelle qui devait être acquittée par l'usufruiter, comme détenteur du fonds, et sans répétition aucune contre le débiteur, car c'est le fonds qui était débiteur (2). Lors de la discussion du titre de l'*Usufruit* au conseil d'Etat, Jollivet demanda si l'usufruitier serait tenu de payer ces rentes; Tronchet et Treilhard répondirent que les rentes foncières étaient une charge de l'usufruit (3). Proudhon n'hésite pas à se ranger de cet avis; il va jusqu'à dire que tout est erreur dans le système contraire (4). De son côté, Marcadé accuse Tronchet et Treilhard de verser dans une erreur évidente, et il leur reproche de n'avoir pas compris qu'il n'y a plus de rente foncière (5). Enfin viennent Ducaurroy et ses collaborateurs qui relèvent le reproche adressé un peu légèrement à Tronchet, jurisconsulte éminent, et constatent que Marcadé s'est trompé. Au moment où le titre de l'*Usufruit* fut discuté, les rentes foncières n'étaient pas encore définitivement supprimées, l'article 530 n'ayant été décrété que le 31 mars 1804, en vertu d'une loi spéciale (6). Voilà bien des erreurs sur un point de

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 501 et note 31. Proudhon, t. II, p. 256, n° 1832. Demolombe, t. X, p. 458, n° 526.
(2) Pothier, *Du douaire*, n° 230.
(3) Séance du conseil d'Etat du 27 vendémiaire an XII, n° 24 (Locré, t. IV, p. 118).
(4) Proudhon, t. IV, p. 257, n° 1834.
(5) Marcadé, t. II, p. 498, n° XI, de l'article 611.
(6) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 137, n° 106.

droit qui n'est pas douteux : c'est une leçon d'indulgence et de modération. Il est certain qu'en vertu de l'article 530, les rentes foncières ont cessé d'être une charge réelle ; ce n'est plus le fonds qui doit, c'est le débiteur personnel de la rente, donc la rente est réglée par les principes de droit commun que nous venons d'exposer. Si le fonds soumis à l'usufruit est hypothéqué pour une rente, l'usufruitier, sur la poursuite du créancier hypothécaire, doit la payer en sa qualité de détenteur; il aura un recours, mais contre qui? Contre le débiteur de la rente, cela va sans dire. Nous supposons que le nu propriétaire n'est pas le débiteur. Si le débiteur personnel ne paye pas, l'usufruitier aura un recours, à la fin de l'usufruit, contre le nu propriétaire, en vertu de l'article 609 (1). Vainement le nu propriétaire dirait-il que, n'étant pas débiteur, l'usufruitier n'a pas payé à sa décharge; il était tenu comme possesseur de l'héritage hypothéqué, il pouvait donc être exproprié, par conséquent l'usufruitier a réellement payé à son profit, puisqu'il a prévenu l'expropriation ; l'un et l'autre étant intéressés en ce sens au payement de la dette, il est juste qu'ils y contribuent, bien qu'aucun d'eux ne soit débiteur.

13. L'usufruitier peut aussi être tenu de payer le droit de mutation que l'héritier nu propriétaire doit acquitter en vertu de la loi du 22 frimaire an VII. Est-ce le cas d'appliquer l'article 609? c'est-à-dire, l'usufruitier n'aura-t-il de recours qu'à la fin de l'usufruit, et devra-t-il supporter cette dette quant aux intérêts? Non; il s'agit ici d'une véritable dette dont l'héritier est tenu personnellement, à raison de la mutation de la propriété ; seulement pour faciliter le recouvrement, la loi permet au fisc d'agir contre le détenteur du fonds. L'usufruitier paye donc une dette du nu propriétaire, partant il doit avoir un recours immédiat. Ce qui prouve que ce n'est pas sa dette qu'il paye, c'est que lui-même doit payer un droit de mutation à raison de son usufruit, donc il n'est tenu en rien du droit de mutation qui est imposé au nu propriétaire, par suite il n'y

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 501 et note 32.

doit pas contribuer. Cela a été décidé ainsi, à plusieurs reprises, par la cour de cassation. Dans la dernière espèce qui s'est présentée devant la cour, la question se compliquait d'une nouvelle difficulté. L'héritier nu propriétaire avait accepté sous bénéfice d'inventaire, et il est de jurisprudence que l'héritier bénéficiaire qui a acquitté le droit de mutation de ses deniers peut le porter dans le compte qu'il doit rendre aux créanciers. De là on concluait que l'héritier pouvait aussi opposer son bénéfice d'inventaire au légataire universel de l'usufruit, quant au droit de mutation que celui-ci avait payé, de sorte que l'usufruitier n'aurait eu de recours que contre la succession. La cour a repoussé ce système; bénéficiaire ou non, l'héritier est débiteur personnel du droit de mutation; il doit donc l'acquitter, et par suite l'usufruitier qui l'a payé pour lui peut agir en répétition contre l'héritier, sauf à celui-ci à régler son compte avec les créanciers : ces débats ne regardent pas l'usufruitier (1).

III. *Frais des procès.*

14. Aux termes de l'article 613, « l'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu. » En décidant que l'usufruitier est tenu des frais des procès qui concernent la jouissance, la loi suppose que le nu propriétaire n'a aucune obligation comme constituant. Cela est vrai quand l'usufruit a été constitué à titre gratuit; mais si l'usufruit a été établi par un acte à titre onéreux, qui oblige le constituant à la garantie, tel que la vente, on doit appliquer les principes généraux qui régissent les obligations du vendeur; tenu à garantir l'usufruitier contre toute éviction, il doit le défendre, et par conséquent supporter les frais auxquels l'action donne lieu (2). Nous laissons ce cas de côté; c'est au titre de la

(1) Arrêt de cassation du 3 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 148). Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 504 et notes 7 et 8, et dans Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 5174.
(2) Proudhon, t. IV, p. 196, n° 1748. Demolombe, t. X, p. 565, n° 618.

Vente que nous exposerons les principes qui concernent la garantie.

15. Celui dans l'intérêt duquel le procès est soutenu, en doit supporter les frais. Si le procès concerne exclusivement la jouissance, l'usufruitier seul y est intéressé, lui seul sera donc tenu des frais. C'est ce que dit l'article 613. Par contre, si le procès concerne exclusivement la nue propriété, c'est le nu propriétaire qui devra payer les frais. Cela est élémentaire. D'ordinaire le procès a pour objet la toute propriété; dans ce cas, le nu propriétaire et l'usufruitier y sont intéressés; ils doivent donc contribuer aux frais dans la mesure de leur intérêt. Le principe est simple, mais l'application nécessite plusieurs distinctions.

Régulièrement la demande sera formée contre le nu propriétaire et contre l'usufruitier, puisque la propriété étant démembrée, et le procès concernant la propriété entière, le demandeur est intéressé à mettre en cause le nu propriétaire tout ensemble et l'usufruitier. Si ceux-ci succombent, on applique la règle de droit commun, d'après laquelle celui qui succombe est condamné aux frais. Dans quelle proportion se répartira la charge? Quoique intéressés l'un et l'autre au procès, leur intérêt n'est pas égal; il faut donc répartir la charge proportionnellement; c'est dire que l'on appliquera par analogie aux frais des procès ce que l'article 609 dit des charges imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit. La charge est volontaire ici, en ce sens que plaide qui veut. Cela n'empêche pas la charge d'être commune, dans la mesure de l'intérêt des plaideurs. Il en est de même des autres condamnations auxquelles le procès pourrait donner lieu, comme le dit l'article 613; ce sont les dommages-intérêts. Si le juge n'en a pas fait la répartition, il faut supposer que le nu propriétaire et l'usufruitier sont également responsables, mais c'est une égalité proportionnelle, mesurée à leur intérêt, donc il y a lieu d'appliquer le mode de répartition établi par l'article 609.

On fait une objection, qui est très-sérieuse, contre l'application de l'article 609. Si l'on suppose que l'action soit intentée successivement contre le nu propriétaire et

contre l'usufruitier, et qu'ils succombent l'un et l'autre, chacun supportera pour le tout les frais du procès. Pourquoi admettrait-on une règle différente dans le cas où la demande est formée simultanément contre l'un et l'autre? Chacun doit supporter les frais qu'il fait, et quant à ceux qu'a faits le demandeur, ils seront supportés par moitié par le nu propriétaire et par l'usufruitier, et non proportionnellement à leur intérêt (1). Nous répondons que la répartition proportionnelle est beaucoup plus juste que le partage par moitié; elle est d'ailleurs fondée sur l'esprit de la loi, puisque l'article 609 fournit un argument par analogie. Quant à la différence qui existe entre l'hypothèse où le procès est intenté séparément et celle où il est intenté simultanément, elle résulte de la force des choses. Il est impossible d'appliquer le principe proportionnel, alors que l'usufruitier ou le nu propriétaire est seul en cause.

Il y a cependant un cas dans lequel le partage par moitié doit être préféré au partage proportionnel. Si, par suite du procès perdu par le nu propriétaire et par l'usufruitier, l'usufruit était éteint, il n'y aurait plus lieu d'appliquer par analogie l'article 609, parce que cet article suppose que l'usufruit subsiste et que l'usufruitier, qui supporte la charge quant aux intérêts, perçoit, par contre, les fruits de la chose. Tandis que dans l'espèce il n'y a plus d'usufruit. Il faut dire plus. Si le juge décide, comme on le suppose, que la chose grevée d'usufruit n'appartient pas au constituant, il en résulte que l'usufruit n'a jamais existé; il n'y a donc ni nu propriétaire ni usufruitier, partant il est impossible de répartir les frais du procès en proportion du capital et de la jouissance, car il n'y a pas et il n'y a jamais eu ni jouissance ni nue propriété. Dès lors on rentre dans le droit commun : deux plaideurs soutiennent un procès; s'ils succombent, les frais se partagent par moitié (2)

(1) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 177, note *b*. En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 567, n° 622.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 502 et note 36. Demolombe, t. X, p. 568, n° 623. En sens contraire, Demante (t. II, p. 540, n° 456 *bis* V), qui applique l'article 609, et Marcadé (t. II, p. 499, art. 613, n° I), qui veut que l'on évalue l'usufruit d'après l'âge et la santé de l'usufruitier. Cette dernière opinion est un système en l'air.

16. Il se peut que la demande, quoiqu'elle concerne la toute propriété, ne soit formée que contre le nu propriétaire ou contre l'usufruitier. Si elle est intentée contre le propriétaire seulement, on distingue. Le propriétaire succombe : l'usufruitier sera-t-il tenu des frais? Non, sans doute aucun; car le jugement ne peut être opposé à l'usufruitier; il n'y a donc aucune raison pour lui faire supporter les frais d'un procès auquel il est resté étranger. Que si le nu propriétaire obtient gain de cause, l'on admet que le jugement profite à l'usufruitier : nous reviendrons sur ce point. S'il est vrai que le nu propriétaire représente l'usufruitier comme gérant d'affaires, la conséquence est logique, l'usufruitier contribuera aux frais dans la proportion de son intérêt; c'est-à-dire que l'on appliquera par analogie l'article 609.

Si l'action est intentée contre l'usufruitier seul, il faut encore distinguer s'il obtient gain de cause ou s'il succombe. Dans le premier cas, on applique ce que nous venons de dire du nu propriétaire. En supposant que le jugement obtenu par l'usufruitier puisse être invoqué par le nu propriétaire, celui-ci sera tenu des frais dans les limites de son intérêt. Que si l'usufruitier est condamné, il supporte seul les frais. Il y a une raison de plus pour le décider ainsi; c'est que l'action intentée contre lui menace les droits du propriétaire; l'usufruitier est donc tenu, en vertu de l'article 614, de dénoncer le trouble au propriétaire; s'il ne le fait pas et s'il reste seul au procès, il est en faute, et il doit en supporter les conséquences (1).

N° 4. DES DETTES.

I. *Dans quel cas l'usufruitier doit-il contribuer au payement des dettes?*

17. En principe, le successeur universel est seul tenu du payement des dettes de celui auquel il succède; le successeur à titre particulier n'en est pas tenu. Nous reviendrons sur le principe au titre des *Successions;* il est élémentaire. Par application de ce principe, il faut décider que l'usu-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 142, n° 215.

fruitier n'est pas tenu des dettes, car il n'est jamais successeur universel. Cependant les articles 611 et 612 distinguent l'usufruit à titre particulier, l'usufruit universel et à titre universel. C'est l'application à l'usufruit des dispositions du code sur les legs; et la loi décide, toujours par analogie des legs, que l'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes, tandis que l'usufruitier universel ou à titre universel doit contribuer au payement des dettes avec le propriétaire. C'est improprement que le code parle d'un usufruitier universel ou à titre universel; cela est contraire à l'essence même de l'usufruit, lequel est essentiellement une disposition à titre particulier, alors même qu'il a pour objet tous les biens du disposant; en effet, comme nous l'avons déjà dit, l'usufruitier n'a jamais qu'un démembrement de la propriété, la jouissance; donc son droit porte toujours sur un objet particulier ou déterminé, et par conséquent l'usufruit, fût-il universel, comme le dit l'article 612, implique toujours un titre particulier. Pourquoi donc et en quel sens le code décide-t-il que l'usufruitier doit contribuer au payement des dettes, s'il est universel ou à titre universel, tandis qu'il n'est pas tenu des dettes lorsqu'il est à titre particulier?

Il faut voir avant tout à quels cas s'appliquent les articles 611 et 612. L'usufruit peut être constitué entre vifs ou à cause de mort. Entre vifs, il peut être établi à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas, il ne saurait être question d'une obligation quelconque de contribuer au payement des dettes. L'acheteur paye au vendeur le prix de l'usufruit; c'est tout ce à quoi il est tenu. Quant au donataire, il n'a pas d'obligations; la donation étant un contrat unilatéral, le donateur seul est obligé; le donataire ne l'est qu'en vertu d'une clause du contrat, quand la donation est faite avec charge. Cette charge peut consister dans le payement des dettes présentes du donateur, ou de celles qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui y serait annexé (art. 945). Nous reviendrons sur cette disposition au titre des *Donations*. En appliquant ces principes à la donation de l'usufruit, il faut décider, sans doute aucun, que le donataire n'est

jamais tenu, comme tel, des dettes du donateur, quand même l'usufruit comprendrait tous les biens présents. Le donataire de la toute propriété ne serait pas tenu des dettes, comment l'usufruitier le serait-il? Nous ne comprenons pas qu'il se soit élevé une controverse sur ce point. On objecte que les termes de l'article 612 sont généraux et qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas. Pour le coup, c'est appliquer mécaniquement un adage qui n'est pas une vérité absolue, et que l'on doit par conséquent appliquer avec intelligence. Peut-il y avoir entre vifs un successeur universel? Si je vous vends tous mes biens, serez-vous successeur universel? Non, certes; il n'y a que l'hérédité qui soit un titre universel; or, il n'y a pas de succession d'un homme vivant, donc le titre entre vifs est toujours singulier; partant, le successeur ne peut être tenu des dettes, sauf les stipulations des parties quant aux charges dont elles peuvent convenir (1).

Il faut donc limiter l'article 612 à l'hérédité, soit légale, soit testamentaire, soit conventionnelle. Dans notre droit, l'usufruit est acquis par succession *ab intestat,* lorsque le survivant des père et mère concourt avec des collatéraux autres que les frères et sœurs; le code lui accorde alors l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété (art. 754); il acquiert donc l'usufruit d'une quote-part de tous les biens délaissés par le défunt; par conséquent il est usufruitier à titre universel, selon l'article 612; de là suit qu'il contribuera au payement des dettes, d'après les principes que nous allons exposer. Quant à la succession testamentaire, l'article 612 s'applique sans difficulté. Il en est de même de la succession contractuelle; le donataire des biens à venir est un successeur universel, lorsque la donation porte sur l'universalité ou sur une quotité de l'universalité. Donc si la donation est faite en usufruit, le donataire sera usufruitier universel ou à titre universel, et partant obligé de contribuer au payement des dettes. Dans tous les autres cas, l'usufruit est à titre particulier,

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 503 et note 1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 140, n° 212. En sens contraire, Marcadé, t. II, p. 490 (art. 612, n° I). Genty. *De l'usufruit*, p. 202, n° 247.

par conséquent l'usufruitier ne sera pas tenu des dettes.

18. L'article 611 dit que « l'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué. » Cela allait sans dire, puisque le légataire à titre particulier de la toute propriété n'est pas tenu des dettes (art. 1024); par identité de raison, l'usufruitier à titre particulier ne peut être tenu de contribuer au payement des dettes, pas même pour les intérêts. Le code suppose que le fonds soumis à l'usufruit est hypothéqué, parce que ce n'est qu'en ce cas que le créancier a action contre l'usufruitier, comme tiers détenteur, en vertu du droit de suite qui permet au créancier hypothécaire de saisir l'immeuble entre les mains de tout possesseur. C'est ce que dit aussi l'article 1024 pour le legs de la propriété : « sauf l'action hypothécaire des créanciers; » l'article 611, appliquant les principes généraux au légataire de l'usufruit, ajoute que si, sur la poursuite du créancier hypothécaire, l'usufruitier est forcé de payer la dette, il a son recours contre le propriétaire. La loi suppose que le nu propriétaire est débiteur; l'usufruitier ayant dû payer pour lui, est subrogé au droit du créancier contre le débiteur (art. 1251, n° 3). Que si le nu propriétaire n'est pas le débiteur personnel, l'usufruitier aura d'abord un recours, en vertu de la subrogation, contre le débiteur. Si le débiteur ne paye pas, l'usufruitier aura-t-il un recours contre le nu propriétaire? Nous avons déjà examiné la question en parlant des charges qui pèsent sur la propriété (n° 12). L'usufruitier a un recours à raison de la charge réelle qui grève le fonds, charge qui pèse sur le nu propriétaire aussi bien que sur l'usufruitier, et qui doit par conséquent être supportée par tous les deux, conformément à l'article 609. Mais la différence est grande entre les deux actions. Quand l'usufruitier agit en vertu de la subrogation, il peut former sa demande immédiatement, puisqu'il exerce les droits du créancier, et il ne supporte rien de la dette, puisque, loin d'être débiteur, il est créancier. Tandis que si l'usufruitier agit en vertu de l'article 609, son action se fonde sur une charge réelle qui pèse sur la propriété, donc aussi sur l'usufruit; il la doit supporter, quant aux intérêts, à

raison de sa jouissance. D'où suit qu'il ne peut agir en répétition qu'à la fin de l'usufruit (1).

L'article 611 ajoute : « Sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre des *Donations entre vifs et des Testaments.* » D'après la rédaction, on croirait qu'il est question d'une exception au principe posé par la loi. Il n'en est rien; c'est plutôt une application du principe. Comme le légataire particulier n'est pas tenu des dettes, alors même que le fonds est hypothéqué, le testateur peut charger l'héritier de dégager le fonds et de le livrer libre et quitte de toute dette hypothécaire. Si le testateur use de cette faculté, il n'y aura plus d'hypothèque, partant plus d'action contre l'usufruitier. Il faut avouer que cela était inutile à dire.

Il y a une autre restriction au principe posé par la loi, en cas de réduction des legs. L'article 1024 le dit expressément, et cela était encore inutile à dire, puisque ce n'est que l'application des principes généraux. Il est certain que si les legs excèdent la quotité disponible, le legs de l'usufruit est sujet à réduction aussi bien que le legs de la propriété. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (2); la question est si évidente que l'on peut s'étonner qu'elle ait été portée devant la cour suprême; mais il y avait dans l'espèce une autre difficulté. Le testateur avait légué la nue propriété à une personne et l'usufruit à une autre. Il fallait réduire. Comment opérerait-on la réduction? On prétendait qu'il fallait estimer à part la nue propriété et l'usufruit, et que pour estimer l'usufruit, on devait considérer l'âge et la santé de l'usufruitier. La cour rejeta ce système et elle appliqua par analogie l'article 612 que nous expliquerons plus loin. Il est vrai que la réduction n'est pas une dette. Toujours est-il que lorsque le testateur a dépassé le disponible, la part qui excède le disponible doit être retranchée au légataire; quand la chose léguée est démembrée, le retranchement se fait en nature,

(1) Proudhon, t. IV, p. 253, n°s 1829-1832. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 141, n° 213. Demante, t. II, p. 535, n° 454 *bis* I. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 453, 1° et 2°.

(2) Arrêt de rejet du 28 février 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 4007).

comme lorsqu'elle appartient pour la toute propriété a un donataire; de cette manière, l'usufruitier contribuera au retranchement pour la jouissance et le nu propriétaire pour la propriété. Cela est aussi fondé en raison. La partie retranchée est indisponible, elle aurait donc dû rester dans le patrimoine du testateur, le retranchement la fait rentrer dans ce patrimoine.

Il reste une dernière difficulté. Si le testateur lègue l'usufruit d'un immeuble déterminé et qu'il ne laisse pas d'autres immeubles, l'usufruitier devra-t-il contribuer au payement des dettes? En principe, non, puisqu'il n'est pas légataire à titre universel, ni légataire universel, quoiqu'il n'y ait pas d'autres biens dans l'hérédité. On invoque l'équité (1). Il faut laisser l'équité hors de cause, quand il est question d'une obligation légale. Est-ce à dire que les créanciers n'auront aucune action sur les biens légués? Le testateur ne peut léguer que ce qu'il a; donc avant que les légataires puissent prendre les biens qui leur ont été donnés, il faut que les dettes soient payées; ce qui reste appartiendra aux légataires; mais ils ne seront pas tenus personnellement des dettes, puisqu'ils ne sont que légataires particuliers.

19. L'article 612 pose le principe que « l'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes » pour les intérêts; c'est-à-dire que le nu propriétaire supporte la dette quant au capital, et l'usufruitier quant aux intérêts pendant la durée de sa jouissance. Nous dirons plus loin comment la répartition se fait. Avant tout, il faut voir quelle est la raison de cette dérogation aux principes. L'usufruitier, quoique universel, n'étant qu'un successeur à titre particulier, ne devrait pas être tenu des dettes; pourquoi donc la loi veut-elle qu'il y contribue avec le propriétaire? On dit que l'article 612 est fondé sur la maxime qu'il n'y a de biens dans un patrimoine que déduction faite des dettes (2). S'il en était ainsi, il n'y aurait pas de différence

(1) Hennequin, *Traité de législation*, t. II, p. 461. Comparez arrêt de rejet du 4 fructidor an XIII (Dalloz, au mot *Usufruit*, nº 479).
(2) Proudhon, t. IV, p. 303, nº 1892. Demolombe, t. X, p. 466, nº 532.

entre l'usufruitier universel et l'usufruitier à titre particulier; car à celui-ci aussi on applique la maxime que le testateur ne peut léguer que les biens qui lui appartiennent, déduction faite des dettes. La loi établit cependant une différence, car elle décide que l'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes, tandis qu'elle veut que l'usufruitier universel y contribue avec le propriétaire. C'est une considération d'équité qui a dicté la disposition de l'article 612. Le testateur lègue la nue propriété de ses biens à Pierre et l'usufruit à Paul. Pierre, en qualité de représentant du défunt, devrait seul payer les dettes; il n'y a pas lieu d'y faire contribuer Paul, en vertu de la maxime que l'on n'entend par biens que ce qui reste, dettes déduites; car les biens en nue propriété, nous le supposons, dépassent le montant des dettes, et quand même le passif excéderait l'actif de la nue propriété, c'est l'héritier nu propriétaire et représentant de la personne du défunt qui devrait payer les dettes sur son patrimoine, puisqu'il est tenu *ultra vires*, à moins qu'il n'eût accepté sous bénéfice d'inventaire Donc l'usufruitier ne devrait pas contribuer au payement des dettes, au moins tant qu'il y a des biens dans l'actif héréditaire. Voilà le principe auquel l'article 612 déroge. Nous disons que c'est par un motif d'équité. D'après la subtilité du droit, l'usufruitier n'est qu'un successeur à titre particulier; néanmoins il prend tous les fruits, tous les émoluments du patrimoine pendant toute la durée de sa jouissance; sous ce rapport, son droit est identique avec celui du propriétaire. Puisque de fait ses droits sont ceux d'un héritier, d'un successeur universel, n'est-il pas juste que ses obligations soient les mêmes dans les limites de ce fait, c'est-à-dire dans la proportion de sa jouissance? C'est dire que l'équité demande que l'usufruitier universel supporte les dettes quant aux intérêts. On peut même invoquer un motif de droit. Si l'héritier nu propriétaire ne paye pas les dettes, il devra les intérêts; or, les intérêts sont une charge des fruits, et c'est l'usufruitier qui perçoit tous les fruits; dès lors il doit aussi payer les intérêts des dettes. Reste à savoir si l'usufruitier est tenu personnellement des intérêts, s'il peut être

poursuivi par les créanciers, ou si son obligation n'est qu'une contribution, c'est-à-dire s'il n'est tenu qu'à l'égard du nu propriétaire. Nous examinerons cette question plus loin (n° 23).

20. L'article 620 dit que l'usufruitier contribue au payement des *dettes*. Par ce mot, on comprend les obligations qui ont pris naissance dans la personne du défunt. Que faut-il décider des *charges* de la succession? Tels sont les legs à titre particulier qui, quoique faits par le testateur, ne s'ouvrent qu'à sa mort; tels sont encore les frais funéraires, les frais de scellé et d'inventaire. Quand la loi parle des obligations des héritiers *ab intestat*, elle joint le mot *charges* au mot *dettes* : l'article 870 dit que les cohéritiers contribuent entre eux au payement des *dettes et charges* de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend : l'article 873 dit qu'ils sont tenus des *dettes et charges* de la succession, personnellement pour leur part et portion virile. La loi s'exprime de même en parlant des légataires universels et à titre universel (art. 1009 et 1012). En comparant le texte de ces articles avec celui de l'article 612, on pourrait croire que l'usufruitier est seulement tenu de contribuer aux dettes proprement dites, puisque la loi ne mentionne pas les charges. Toutefois l'opinion contraire est universellement admise et avec raison (1). Le principe établi par l'article 612 est que l'usufruitier universel ou à titre universel est mis sur la même ligne que le légataire universel ou à titre universel de la propriété, en ce qui concerne les obligations, avec cette différence que l'un contribue pour les intérêts et l'autre pour le capital. Il n'y a sous ce rapport aucune distinction à faire entre les diverses obligations : que ce soient des charges ou des dettes, qu'importe? L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. L'usufruitier universel prend tous les fruits, donc il doit aussi tous les intérêts. Si la loi ne parle que des *dettes*, ce n'est pas dans un sens restrictif, c'est dans un sens énonciatif. D'ailleurs

(1) Proudhon, t. IV, p. 309, nos 1898, 1899. Demolombe, t. X, p. 477, n° 544.

ce mot est pris quelquefois, même dans le langage légal, comme synonyme de l'expression *dettes et charges*. Ainsi l'article 1024 dit que le légataire à titre particulier ne sera point tenu des *dettes* de la succession ; le mot *dettes* comprend ici les *charges*, comme le dit formellement l'article 871 : « Le légataire particulier n'est pas tenu des *dettes et charges*. »

21. Nous disons que l'article 612 assimile, quant aux obligations, les légataires universels de la propriété et les légataires universels de l'usufruit. Il y a cependant une différence capitale qui résulte de la nature diverse de l'usufruit et de la propriété. La propriété est un droit temporaire, tandis que la propriété est un droit perpétuel. Là où le droit est temporaire, les charges doivent aussi être temporaires. C'est ainsi que l'article 608 dit que l'usufruitier est tenu, *pendant sa jouissance*, de toutes les charges annuelles de l'héritage. Que si la charge pèse sur la propriété, l'article 609 dispose que l'usufruitier qui l'avance a la répétition du capital *à la fin de l'usufruit*. L'article 612 dit la même chose des dettes; si le propriétaire paye le capital, l'usufruitier lui tient compte des intérêts *pendant la durée de l'usufruit*, et si l'usufruitier avance la somme, le capital lui en est restitué, *à la fin de l'usufruit*, sans aucun intérêt. L'usufruitier ne doit donc supporter les intérêts des dettes que pendant la durée de sa jouissance. Quand commence son obligation? Est-ce au moment où le droit d'usufruit s'ouvre, ou est-ce au moment où l'usufruitier entre en jouissance? C'est l'ouverture de fait qu'il faut considérer ; en effet, il y a une corrélation nécessaire entre les fruits dont jouit l'usufruitier et les intérêts qu'il doit payer : c'est parce qu'il perçoit les fruits qu'il est tenu des intérêts, donc il ne peut être tenu des intérêts qu'à partir du moment où il gagne les fruits (1). La question ne se présente guère qu'en matière de legs. Si l'usufruitier universel n'obtient la délivrance qu'après une année depuis la mort du testateur, il ne devra pas les intérêts qui auront couru depuis ce moment jusqu'à son entrée en pos-

(1) Bordeaux, 12 mars 1840 (Dalloz, au mot *Usufruit*, nº 445).

session; c'est l'héritier saisi qui les devra payer, et rien de plus juste, puisque c'est aussi l'héritier saisi qui, dans ce cas, perçoit les fruits (1).

22. L'article 610 applique ces principes à la rente viagère. « Le legs fait par un testateur, d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part. » Cette disposition est une conséquence logique de l'article 612 combiné avec l'article 588. L'usufruitier universel supporte toutes les dettes quant aux intérêts; voilà ce que dit l'article 612. Reste à savoir si les arrérages d'une rente viagère sont des intérêts. Cette question, très-controversée dans l'ancien droit, a été décidée par l'article 588, aux termes duquel l'usufruitier d'une rente viagère en perçoit les arrérages sans être tenu à aucune restitution. Percevant les arrérages actifs, l'usufruitier doit aussi payer les arrérages passifs, et naturellement sans aucune répétition, de même qu'il les perçoit sans être tenu à aucune restitution.

On demande si l'article 610 s'applique à toutes les rentes viagères, qui sont une charge de la succession, à celles dont le défunt était débiteur aussi bien qu'à celles qu'il a créées par son testament. C'est à peine si la question peut être posée, tellement la solution est évidente. Est-ce que les arrérages changent de nature selon qu'ils sont dus en vertu de tel ou tel titre, en vertu d'un legs ou en vertu d'une donation, ou en vertu d'un acte à titre onéreux? changent-ils de nature selon que la rente était due par le défunt ou léguée par lui? Cependant la cour de Bruxelles a décidé que l'article 610 n'est pas applicable aux rentes dues par le défunt. La cour s'est attachée aux termes de la loi qui parle du *legs* fait par un testateur, et elle a considéré cette disposition comme une exception. Une exception? alors que la loi ne fait qu'appliquer logiquement les principes par elle posés. L'arrêt a été cassé.

(1) Proudhon, t. IV, p. 239, nº 1813.

Nous ne répondrons pas aux mauvaises raisons par lesquelles on a essayé de défendre la thèse de l'arrêt attaqué; le ministère public et la cour suprême en ont fait justice. Les principes sont si simples, si clairs, qu'il est inutile d'insister pour démontrer l'erreur qui est échappée à la cour de Bruxelles (1).

Il va sans dire que les mêmes principes s'appliquent aux rentes perpétuelles. C'est l'article 612 qui recevra, en ce cas, son application. Et cet article aurait suffi aussi pour les rentes viagères, puisque, dans le système consacré par l'article 588, il n'y a plus de différence entre les rentes viagères et les rentes perpétuelles. Il résulte de là que l'article 610 est inutile : les principes généraux décident la question. Mais ce qui s'est passé devant la cour de Bruxelles prouve que le législateur fait bien de ne pas reculer devant des dispositions inutiles : si on lui objecte que cela va sans dire, il pourra répondre que cela va encore mieux en le disant.

II. *Étendue de la contribution.*

23. L'article 612 dit que l'usufruitier universel ou à titre universel *contribue* avec le propriétaire au payement des dettes. Comment faut-il entendre cette *contribution?* Cela veut-il dire que l'usufruitier n'est pas tenu des dettes à l'égard des créanciers, que ceux-ci n'ont pas d'action contre lui, qu'ils n'ont d'action que contre l'héritier nu propriétaire, sauf à celui-ci son recours contre l'usufruitier pour le faire contribuer dans les limites tracées par l'article 612? La question est controversée et il y a quelque doute. Le mot *contribuer* s'entend d'ordinaire des rapports entre les successeurs qui sont obligés de supporter les dettes; il ne s'emploie pas pour marquer les rapports avec les créanciers; pour indiquer les liens de débiteur à créancier, la loi se sert de l'expression *être tenu*. Nous venons

(1) Bruxelles, 1er juin 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 183). Arrêt de la cour de cassation de Belgique du 27 mars 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 434). Comparez Proudhon, t. IV, p. 237, nº 1812.

de citer les articles 871 et 873 : s'agit-il des rapports entre les cohéritiers, la loi dit qu'ils *contribuent* entre eux au payement des dettes : s'agit-il de l'obligation de payer les dettes sur la poursuite des créanciers, la loi dit que les héritiers sont *tenus* des dettes, pour leur part et portion virile, sauf leur recours contre les légataires universels à raison de la part pour laquelle ils doivent y *contribuer*. Le mot *contribuer* a donc un sens technique, il ne concerne pas les créanciers. Partant de là, on pourrait argumenter comme suit. La loi dit seulement que l'usufruitier universel *contribue* aux dettes avec le propriétaire; elle ne dit pas qu'il en est *tenu* à l'égard des créanciers. Ceux-ci n'ont donc aucune action contre l'usufruitier, et, d'après la rigueur des principes, ils ne peuvent pas en avoir. En effet, l'usufruitier, bien qu'il ait la jouissance de tous les biens, est un successeur à titre particulier, et les successeurs à titre particulier ne sont jamais tenus des dettes; les créanciers n'ont aucune action contre eux; si la loi déroge à ce principe en chargeant l'usufruitier universel des intérêts, c'est uniquement dans ses rapports avec le nu propriétaire : question de *contribution* (1).

Nous ne croyons pas que tel soit le sens de l'article 612. On s'est trop préoccupé de la doctrine dans ce débat. Sans doute, d'après les principes, l'usufruitier de tous les biens est un successeur à titre particulier; mais la loi ne lui donne pas ce nom; elle appelle le légataire universel de l'usufruit usufruitier *universel*, et le légataire à titre universel de l'usufruit usufruitier à titre universel (articles 610 et 612). Le Tribunat s'est exprimé dans le même sens (2). La loi considère donc l'usufruitier comme un successeur universel, lorsque l'usufruit porte sur tous les biens du défunt ou sur une quotité de biens. Et la loi devait le considérer comme tel, du moment qu'elle lui imposait la charge de supporter les dettes dans une certaine

(1) Agen, 19 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 5).
(2) Observations du Tribunat, n° 14 (Locré, t. IV, p. 124) : « Il est essentiel de maintenir toujours la distinction des trois sortes de legs établis au titre *Des donations et testaments :* le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier. » Comparez le *Rapport fait au Tribunat* par Perreau, n° 23 (Locré, t. IV, p. 140).

mesure, puisqu'il n'y a que les successeurs universels ou à titre universel qui supportent les dettes. Il faut donc laisser la doctrine de côté pour s'en tenir aux textes. C'est ce que fait la cour de cassation : elle juge que l'usufruitier universel est un légataire universel. Nous reviendrons sur la question au titre des *Donations et Testaments*. En ce qui concerne les dettes, la cour de cassation a raison; l'article 612 est formel. Vainement dirait-on que le langage de la loi est inexact; nous répondons que le langage est en harmonie, sinon avec les principes rigoureux du droit, du moins avec la réalité des choses; l'usufruitier universel gagne tous les fruits; pendant toute la durée de sa jouissance, il tient la place du propriétaire; percevant tous les fruits, il doit être tenu de tous les intérêts.

Nous disons qu'il en est *tenu*. C'est une conséquence logique de la qualité de successeur universel que la loi lui reconnaît en le soumettant aux dettes quant aux intérêts. En effet, tous ceux qui supportent les dettes comme successeurs universels, en sont tenus à l'égard des créanciers : tels sont les légataires à titre universel de la propriété, tels sont les successeurs irréguliers *ab intestat*. Si l'article 611 dit que l'usufruitier universel *contribue* avec le propriétaire au payement des dettes, cela ne veut pas dire qu'il n'en soit pas *tenu* à l'égard des créanciers. L'article 871 dit aussi du légataire à titre universel qu'il *contribue* avec les héritiers, ce qui n'empêche pas qu'il ne soit *tenu* des dettes et charges (art. 1012) personnellement pour sa part et portion. En un mot, tous ceux qui, dans le langage de la loi, *contribuent* au payement des dettes en sont aussi tenus personnellement. Donc il en doit être de même de l'usufruitier.

L'article 610 confirme cette interprétation. Il n'est que l'application de l'article 612, et il décide que le légataire universel de l'usufruit *doit acquitter* la rente viagère dans son intégrité, ce qui veut bien dire que le créancier a action contre l'usufruitier, et que celui-ci est *tenu* de payer la rente. S'il est tenu de la rente, il est tenu par cela même des autres dettes, quant aux intérêts. Donc il est tenu

personnellement, comme tous les successeurs universels (1).

24. Les cours d'appel de France jugent généralement que l'usufruit de tous les biens est un legs particulier. Cette question a donné lieu à un débat intéressant. Un testateur lègue l'usufruit de tous ses biens à sa femme. Sa nièce, héritière, réclame de l'usufruitière universelle sa part dans une dette du défunt, la dot qu'il lui avait constituée par contrat de mariage. L'usufruitière répond que cette dette incombe exclusivement à l'héritière, sa nièce, que partant elle est éteinte par confusion, que par suite elle n'en doit pas les intérêts. Ce système, rejeté par le tribunal de première instance, fut accueilli par la cour de Bordeaux (2). A notre avis, la cour a mal jugé. Nous nous plaçons à son point de vue. L'usufruitier est un successeur à titre particulier; néanmoins il contribue avec le propriétaire au payement des dettes. C'est la disposition de l'article 612; donc, à l'égard du propriétaire, l'usufruitier doit les intérêts. Voilà un premier point qui est incontestable. En voici un second qui l'est aussi. La confusion n'éteint pas la dette d'une manière absolue; à vrai dire, la dette n'est pas éteinte; seulement l'héritier, étant tout ensemble créancier et débiteur, se trouve dans l'impossibilité de demander le payement de sa créance, puisqu'il devrait l'exiger de lui-même. La confusion n'opère l'extinction de la dette qu'à raison de cette impossibilité et dans les limites de cette impossibilité. En tant que le créancier peut agir, il n'y a pas d'extinction de la dette. Or, l'héritier ne peut-il pas agir contre l'usufruitier? Il pourra donc réclamer les intérêts de sa créance pendant la durée de l'usufruit. On dira que cela est absurde : la créance étant éteinte, comment peut-il y avoir des intérêts? Non, cela n'est pas absurde. Rien de plus juridique. La créance n'est réellement pas éteinte, donc elle peut produire des intérêts. Ces intérêts étant dus par l'usufrui-

(1) Demante, t. II, p. 538, n° 455 *bis* II. Demolombe, t. X, p. 457, n° 523, et p. 476, n° 543. Aubry et Rau, t. II, p. 505, note 10. Bruxelles, 5 mars 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 90). Arrêt de la cour de cassation du 8 décembre 1862, et la note (Dalloz, 1863, 1, 72).

(2) Bordeaux, 19 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 146). En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 475, n° 542.

tier, l'héritier aura action contre lui. S'il ne peut pas agir pour le capital, ce n'est pas parce que la dette est éteinte, c'est parce qu'il est, lui, le débiteur du capital.

25. L'usufruitier est-il tenu des intérêts *ultra vires*, ou n'est-il tenu que jusqu'à concurrence de son émolument? Si l'on admet que l'usufruitier n'est pas débiteur proprement dit, la question ne peut pas même être posée. Dans l'opinion consacrée par la cour de cassation, il faut encore répondre que l'usufruitier n'est pas tenu des intérêts des dettes *ultra vires*. En effet, il ne suffit pas d'être successeur universel pour que l'on soit tenu indéfiniment, il faut être représentant de la personne du défunt; or, les héritiers légitimes seuls et les légataires universels, quand ils ne concourent pas avec des réservataires, sont tenus au delà de leur émolument; les autres successeurs universels sont tenus seulement jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils recueillent. Cela décide la question quant à l'usufruitier : il n'a jamais la saisine, il n'est qu'un successeur aux biens, donc il n'est tenu que jusqu'à concurrence des fruits qu'il recueille.

Il y a à cet égard une différence entre les charges que l'usufruitier doit supporter en vertu de l'usufruit et les dettes qu'il doit payer comme successeur universel. Les charges qui pèsent sur l'usufruit sont attachées à la jouissance; tout usufruitier les supporte, alors même que les fruits ne suffiraient pas pour les acquitter. Nous avons dit que l'usufruitier doit les contributions quand même il ne percevrait aucun fruit (n° 4). Pourquoi n'en est-il pas de même des dettes? C'est que les dettes ne sont pas une charge de l'usufruit, car il y a des usufruitiers qui ne sont pas tenus des dettes. Si l'usufruitier universel doit payer les intérêts des dettes, c'est parce qu'il est successeur universel; or, comme tel, il n'est tenu que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille.

26. L'application de ces principes donne lieu à une difficulté en ce qui concerne la rente viagère : est-ce une charge ou est-ce une dette? On pourrait dire que c'est une charge, au moins quand la rente viagère est constituée par un legs. En effet, la loi parle de la rente viagère léguée,

après avoir traité des charges (art. 608, 609) et avant de s'occuper des dettes; elle semble donc la considérer comme une charge de l'usufruit. On pourrait encore invoquer les termes de l'article 610, qui porte que le légataire universel de l'usufruit doit acquitter la rente *dans son intégrité*. Nous croyons qu'il faut distinguer. Quand la rente viagère était due par le défunt, il n'y a aucun doute, c'est une dette qui ne diffère en rien des autres dettes de la succession. Mais quand la rente est léguée par le testateur, la question devient douteuse. Il est certain que si le testateur avait dit qu'il lègue l'usufruit de tous ses biens, à charge par le légataire d'acquitter telle rente viagère qu'il lègue à un tiers, la rente serait une *charge* imposée à l'usufruitier par l'acte constitutif de l'usufruit; or, l'usufruitier est tenu des charges *ultra vires*. Eh bien, cette clause n'est autre chose que la reproduction de l'article 610; le testateur qui, par son testament, institue un légataire universel de l'usufruit et lègue une rente viagère, met tacitement cette rente à charge de l'usufruitier; or, une clause tacite a le même effet qu'une clause expresse. Nous ne voyons pas ce qu'il y a à répondre à cette argumentation. Notre avis serait donc que la rente léguée est une charge de l'usufruit, en ce sens que l'usufruitier universel la doit supporter pour l'intégrité. On dira que cela est contradictoire, que la rente viagère ne peut pas tout ensemble être une dette et n'être pas une dette. La contradiction n'est qu'apparente. En principe, la rente est une dette; mais cette dette, comme toute autre, peut devenir une charge de l'usufruit, si telle est la volonté du testateur. C'est sur cette volonté que nous fondons notre décision; s'il y a volonté expresse, tout doute disparaît; il peut aussi y avoir volonté tacite, et la volonté tacite résulte de ce que le testateur lègue l'usufruit de tous ses biens en même temps qu'une rente viagère, alors qu'il sait que cette rente doit être acquittée par le légataire universel de l'usufruit; sauf à lui à manifester une intention contraire. Cela répond à l'objection de texte que l'on pourrait nous faire; nous n'invoquons pas les termes de l'article 610 d'après lesquels l'usufruitier universel doit acquitter la rente *dans son in-*

tégrité; cette disposition est étrangère à notre question, elle a été mise dans la loi par opposition à l'usufruitier à titre universel qui doit acquitter la rente *dans la proportion de son droit* (1).

27. Le principe qui régit les obligations de l'usufruitier donne encore lieu à une autre difficulté. Il n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Comment constatera-t-on l'émolument? Nous reviendrons sur cette question, en ce qui concerne les légataires de la propriété, au titre des *Donations et Testaments*. Pour le légataire de l'usufruit, il y a un doute particulier. Il doit faire inventaire, comme tout usufruitier. S'il ne fait pas inventaire, en faut-il conclure qu'il sera tenu des dettes *ultra vires*, dans les limites de l'article 312, bien entendu? On l'a soutenu devant les tribunaux, mais la cour de cassation a très-bien jugé que l'inventaire auquel l'usufruitier doit procéder n'a rien de commun avec la question de savoir s'il est tenu ou non des intérêts *ultra vires*. L'inventaire concerne exclusivement les rapports de l'usufruitier avec le nu propriétaire, et il est imposé même à l'usufruitier à titre particulier, lequel n'est jamais tenu de contribuer au payement des dettes. Nous avons dit ailleurs quelle est la sanction de l'obligation que la loi impose à l'usufruitier de dresser inventaire (2). La loi ne dit pas que l'usufruitier sera tenu *ultra vires*, et le silence de la loi est décisif, car il n'y a pas de peine sans texte. Quelle sera donc la conséquence du défaut d'inventaire? Dans notre opinion, les créanciers ont action contre l'usufruitier; ils pourront faire preuve par témoins de la consistance du mobilier non inventorié, puisqu'ils n'ont pas pu se procurer une preuve littérale, et cela par la faute même de l'usufruitier. Quant au nu propriétaire, il dépendait de lui d'exiger la confection de l'inventaire; il reste donc dans le droit commun pour ce qui concerne la preuve. Si l'usufruitier a disposé d'objets compris dans son usufruit, il va sans dire qu'il en devra compte. Mais ce ne serait pas encore un motif pour qu'il fût tenu *ultra vires*. Il en est

(1) En sens contraire, Proudhon, t. IV, p. 248, nº 1823.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 620, nºs 500 et suiv.

autrement de l'héritier légitime; il doit accepter sous bénéfice d'inventaire, s'il veut n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, et s'il dispose d'objets de la succession, il est héritier pur et simple, et partant déchu du bénéfice d'inventaire. Mais les simples successeurs aux biens, tels que l'usufruitier, ne doivent pas faire d'acceptation sous bénéfice d'inventaire; dès lors il ne peut être question de les déclarer déchus d'un bénéfice dont ils n'ont pas besoin (1).

28. Il résulte des principes que nous venons d'exposer que les créanciers n'ont aucune action personnelle contre l'usufruitier universel en payement du capital de leur créance. En effet, l'usufruitier universel ou à titre universel contribue seulement avec le propriétaire au payement des dettes, quant aux intérêts, de la manière réglée par l'article 612; ne devant contribuer que quant aux intérêts, ils ne peuvent pas être assujettis, quant au capital, à une action directe; car ils ne sont pas successeurs universels quant au capital, ils ne le sont que quant à la jouissance. Nous disons que les créanciers n'ont pas d'action directe contre l'usufruitier, parce qu'il n'est pas débiteur personnel du capital des dettes; mais il se peut que les créanciers aient une action sur les biens de l'hérédité qui sont leur gage. Nous dirons, au titre des *Successions*, à quelles conditions le patrimoine du défunt, qui était le gage de ses créanciers, reste leur gage après sa mort, et quelle différence il y a entre cette action qu'ils exercent sur l'hérédité et celle qu'ils ont contre les héritiers ou autres successeurs universels. Pour le moment, nous nous bornons à remarquer que si les créanciers ont conservé leur gage sur l'hérédité, ils le peuvent exercer contre l'usufruitier comme détenteur de l'hérédité, aussi bien que contre le propriétaire, puisque l'un et l'autre possèdent les biens. Au titre des *Successions*, nous verrons en quoi cette action indirecte qui s'exerce sur les biens diffère de l'action directe qui s'exerce contre la personne (2).

(1) Arrêt de rejet du 9 mars 1863 (Dalloz, 1863, 1, 190).
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 505 et notes 11 et 12, et les autorités qu'ils citent. Bordeaux, 12 mars 1840 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 445).

III. *Mode de contribution.*

29. L'article 612 règle le mode de contribution. Il faut savoir avant tout dans quelle proportion l'usufruitier et le propriétaire contribuent. D'après l'article 612, on devrait commencer par estimer la valeur du fonds sujet à usufruit et fixer ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. Il est certain que l'estimation est inutile lorsqu'il y a un usufruitier de tous les biens délaissés par le défunt; en effet, dans ce cas, l'usufruitier supportera l'intérêt des dettes pour la totalité, puisqu'il a la jouissance pour le total. Même lorsque l'usufruit est à titre universel, il y a des cas dans lesquels le legs détermine la part pour laquelle le légataire de l'usufruit doit contribuer aux dettes, sans qu'il soit besoin d'une estimation; il en est ainsi lorsque le testateur lègue l'usufruit d'une quotité déterminée de tous ses biens, telle que le tiers ou le quart; cette quotité fixe nécessairement la part contributoire de l'usufruitier dans les dettes. L'estimation dont parle l'article 612 n'est donc nécessaire que lorsque le legs à titre universel comprend tous les immeubles ou tout le mobilier, ou une quotité des immeubles ou de tout le mobilier. Dans ces cas, l'on doit calculer quelle est la valeur proportionnelle du legs, eu égard à la valeur totale de l'hérédité.

La loi dit que l'on estime la valeur du fonds sujet à usufruit; cela n'est pas exact, car cela suppose que l'usufruit porte sur des fonds déterminés; or, dans ce cas, l'usufruit serait à titre particulier, et par suite l'usufruitier ne devrait pas contribuer au payement des dettes. L'estimation porte-t-elle sur l'usufruit considéré comme tel, en ayant égard à l'âge de l'usufruitier et à l'état de sa santé? Dans l'ancien droit, la question de savoir sur quelle base l'estimation devait se faire était controversée; le code la tranche en décidant que c'est la valeur de la toute propriété des choses léguées en usufruit que l'on estime, et naturellement on doit aussi estimer la valeur des biens qui ne sont pas compris dans l'usufruit, afin que l'on puisse établir

une proportion. Le système admis par l'article 612 est très-simple : l'usufruitier est tenu des intérêts passifs à raison des fruits qu'il perçoit, donc dans la proportion que son legs présente avec le reste de l'hérédité. A-t-il l'usufruit des immeubles, et les immeubles comprennent-ils la moitié de la succession, il jouira de la moitié des fruits, il devra donc supporter les intérêts pour moitié (1).

30. « Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt. » Cette disposition de l'article 612 donne à l'usufruitier le droit d'avancer le capital des dettes dont il doit supporter les intérêts. Pourquoi l'usufruitier, bien qu'il ne doive que les intérêts, a-t-il le droit d'avancer la somme capitale? Il a le droit de jouir pour le total des biens compris dans son legs; or, le seul moyen d'assurer cette jouissance quand il y a des dettes, c'est de les payer, car si l'usufruitier ne fait pas l'avance, le propriétaire pourra, aux termes de l'article 612, faire vendre jusqu'à due concurrence une partie des biens soumis à l'usufruit, et par suite l'usufruitier perdra la jouissance de ces biens.

Si l'usufruitier fait l'avance du capital des dettes, la somme qu'il a payée lui est restituée à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt, ajoute la loi; il perd donc l'intérêt, pour mieux dire, c'est pour cet intérêt qu'il contribue aux dettes. Si le propriétaire ne restitue pas les avances faites par l'usufruitier aussitôt après l'extinction de l'usufruit, sera-t-il tenu des intérêts de plein droit, ou ne les devra-t-il qu'à partir de la demande judiciaire? Au premier abord, on serait tenté de répondre que la question est décidée par le texte du code. En effet, l'article 1153 dit que « les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. » On a soutenu que, par application de cette disposition, l'usufruitier n'avait droit aux intérêts que s'il les demandait en justice. Mais la cour de cassation a très-bien jugé

(1) Proudhon, t. IV, p. 304, nos 1893-1896. Demolombe, t. X, p. 468, n° 533 (Dalloz, au mot *Usufruit*, nos 467-471).

que l'article 1153 n'était pas applicable aux rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire (1). Pourquoi l'usufruitier est-il tenu des intérêts des dettes? Parce qu'il jouit des intérêts actifs, des fruits et des revenus. Sa jouissance finit de plein droit à sa mort, ou par les autres causes d'extinction admises par la loi; cessant de jouir des fruits, il doit par cela même cesser de supporter les intérêts. Par contre, le propriétaire reprend de plein droit la jouissance des biens à la fin de l'usufruit; jouissant des fruits, c'est aussi lui qui doit supporter les intérêts. Donc il doit rendre à l'usufruitier le capital avancé par celui-ci avec les intérêts à partir de l'extinction de l'usufruit; car s'il gardait les intérêts, ce serait l'usufruitier qui continuerait à payer les intérêts des dettes, alors que le propriétaire perçoit les fruits. Voilà pourquoi l'usufruitier a droit aux intérêts de plein droit, à partir du moment où il perd de plein droit la jouissance.

31. L'usufruitier qui a avancé le capital des dettes est-il subrogé aux droits des créanciers contre le débiteur? Aux termes de l'article 1251, « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » La question est donc de savoir si l'usufruitier est tenu *avec* le débiteur ou *pour* lui. On peut le contester. Il est tenu, à la vérité, des intérêts, mais quant aux intérêts, il ne peut pas s'agir de subrogation, puisque l'usufruitier les supporte sans recours. Quant au capital, il n'en est pas tenu, puisqu'il ne peut pas être forcé à le payer. Proudhon objecte qu'il est intéressé à le payer, puisque, s'il ne le paye pas, le nu propriétaire peut faire vendre une partie des biens sujets à l'usufruit. L'intérêt est évident, mais l'intérêt suffit-il pour qu'il y ait subrogation? D'après le texte de l'article 1251, il faut dire non; car la loi exige que celui qui paye soit *tenu avec* le débiteur ou *pour* lui; et l'usufruitier n'est pas tenu du capital des dettes ni avec le débiteur, ni pour lui. Proudhon cite l'article 874, d'après lequel le légataire particulier qui a

(1) Arrêt de rejet du 23 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 228).

acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du créancier. Y a-t-il réellement analogie? Nous ne le croyons pas. Quand l'immeuble légué est hypothéqué à la dette, le créancier a une action hypothécaire contre le légataire, action par suite de laquelle le légataire est tenu de payer la dette, sur expropriation, s'il ne préfère la payer pour éviter l'expropriation ; tandis que le créancier n'a aucune action contre l'usufruitier en payement du capital ; il ne peut agir que contre le débiteur. Il est vrai que le nu propriétaire pourra demander la vente d'une partie des biens, mais cette vente n'est pas une vente forcée faite sur la poursuite des créanciers, comme cela a lieu dans le cas de l'article 874, et de plus la vente peut ne pas avoir lieu, puisque le nu propriétaire a le choix d'avancer le capital des dettes. Vainement dit-on que la position de l'usufruitier est plus favorable que celle du légataire, puisque celui-ci doit, tandis que l'autre ne doit pas. Nous répondrons que c'est précisément parce qu'il paye sans devoir qu'il ne peut pas être subrogé (1).

32. « Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix ou de payer cette somme, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit. » Quand le propriétaire paye la somme, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de sa jouissance. Lorsque le propriétaire poursuit la vente d'une partie des biens soumis à l'usufruit, l'usufruitier perdra la jouissance de cette partie des biens ; les fruits dont il est privé représentent sa part contributoire dans les intérêts de la dette.

Pourquoi le propriétaire a-t-il le choix de faire vendre une partie des biens grevés d'usufruit, choix qu'il n'a pas quand il s'agit de charges imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit? C'est que l'usufruitier est débiteur personnel des dettes, quant aux intérêts; il en est donc tenu sur ses biens; tandis qu'il n'est pas débiteur personnel des charges, dont le nu propriétaire est personnellement tenu.

(1) En sens contraire, Proudhon, t. IV, p. 314, nº 1907.

Si le propriétaire paye le capital des dettes, l'usufruitier lui doit les intérêts pendant la durée de sa jouissance. Il doit ces intérêts de plein droit, dit-on; pour mieux dire, il les doit parce que la loi veut qu'il contribue au payement des dettes quant aux intérêts. L'usufruitier les doit dans toute hypothèse par cela seul qu'il refuse de faire l'avance. Il faut que l'usufruitier ait renoncé au droit que la loi lui donne de faire l'avance du capital des dettes. La loi ne s'expliquant pas sur cette renonciation, elle reste sous l'empire du droit commun. On prétend que le nu propriétaire doit faire une sommation à l'usufruitier. L'article 612 n'exige aucune forme; il suffit que l'usufruitier sache qu'il y a des dettes et qu'il ne les paye pas, pour que le nu propriétaire puisse user de son droit de faire vendre (1). L'usufruitier doit-il concourir à la vente? Il s'agit d'abord de déterminer la partie des biens qui devront être vendus. Ici le concours de l'usufruitier est indispensable; il a un droit réel dans la chose, un démembrement de la propriété; il a donc droit d'intervenir quand il s'agit de vendre une chose dont il a la propriété pour une partie, et c'est lui qui est le plus intéressé, car c'est lui qui est appelé à jouir pendant toute sa vie, tandis que le nu propriétaire le plus souvent n'aura pas la jouissance (2). On pourrait objecter que d'après l'article 612, c'est au propriétaire à *faire vendre* une portion des biens soumis à l'usufruit, ce qui semble donner le droit de poursuite et le choix des biens à vendre au propriétaire. Le droit de poursuite, oui, mais le choix, non, car la loi ne dit pas cela. Notre conclusion est que le nu propriétaire et l'usufruitier ayant l'un et l'autre droit et intérêt à intervenir dans la vente, leur concours est nécessaire. S'ils ne s'entendent pas, le tribunal décidera (3).

Il y a un droit que la loi n'accorde qu'au propriétaire, c'est le choix d'acquitter lui-même la dette, ou de faire

(1) Toulouse, 9 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 472). En sens contraire, Dalloz, n° 478.
(2) Gand, 13 décembre 1856 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 251).
(3) Caen, 13 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 2, 85), et Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 481, où les autorités sont citées.

vendre une partie des biens. L'usufruitier n'a pas ce choix, il ne peut donc pas demander que l'on procède à la vente d'une partie des biens. La loi ne lui donne qu'un droit, celui de faire l'avance du capital des dettes. S'il n'use pas de ce droit, c'est au nu propriétaire à choisir. Il a le droit de payer la somme, et dans ce cas l'usufruitier est tenu de payer les intérêts; l'usufruitier ne peut pas demander que l'on vende (1).

33. On demande si le juge peut déterminer la part contributoire de l'usufruitier dans les dettes, en évaluant la valeur de l'usufruit d'après l'âge de l'usufruitier et son état de santé? La négative est évidente. Nous avons dit que, dans l'ancien droit, le mode de procéder était controversé; c'est pour trancher la difficulté que le législateur a établi les règles écrites dans l'article 612. Le juge est lié par ces règles, comme il est lié par toute loi (2). Il est vrai que le nu propriétaire et l'usufruitier pourraient déroger, par des conventions particulières, aux dispositions qui régissent le payement des dettes, parce que cette matière n'est pas d'ordre public; mais le juge ne peut pas leur imposer un autre mode de contribution que celui qui est établi par la loi, parce qu'en dérogeant à la loi, on retomberait dans les difficultés auxquelles les auteurs du code ont voulu mettre un terme.

Nous croyons même que le testateur pourrait dispenser l'usufruitier du payement des intérêts en imposant cette charge au nu propriétaire. Le contraire a été jugé (3). Sans doute, le testateur qui institue un légataire universel ne peut pas enlever aux créanciers le droit qu'ils tiennent de la loi contre ce successeur; mais lorsque, sur la poursuite des créanciers, le légataire aura payé la part dans les dettes dont il est tenu, il aura son recours contre l'héritier que le testateur peut charger du payement de toutes les dettes. Cela s'applique au legs en usufruit comme

(1) Arrêt de rejet du 9 juillet 1855 (Dalloz, 1855, 1, 385.)

(2) Riom, 12 février 1830, et Bordeaux, 1er mars 1838 (Dalloz, au mot *Usufruit*, nos 474 et 475).

(3) Montpellier, 12 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêt*, no 197). En sens contraire, Genty, *De l'usufruit*, p. 203, no 248.

au legs en toute propriété. C'est comme si le défunt avait légué au légataire universel de l'usufruit une somme pour payer les dettes. Il en est de même des conventions qui interviennent entre les divers successeurs quant au payement des dettes. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. La veuve, usufruitière universelle en vertu du contrat de mariage, renonce à son usufruit en le limitant à certains objets déterminés. Restera-t-elle tenue des dettes dans les limites de l'article 612? Nous croyons qu'il faut distinguer. Entre les héritiers du mari et la veuve, cette convention est certes valable, comme toutes celles qui interviennent sur le partage des biens et des dettes. Or, en vertu de ladite convention, la femme cesse d'être usufruitière universelle, donc elle n'est plus tenue des dettes. Il en est autrement des rapports de l'usufruitier universel avec les créanciers. Ceux-ci puisent leur droit d'agir contre la femme dans le testament qui l'a instituée légataire universelle; la femme, en limitant ce legs, l'accepte implicitement, puisqu'elle n'a qualité pour traiter avec les héritiers du mari qu'à titre de légataire; dès lors elle reste tenue à l'égard des créanciers; elle ne peut opposer à ceux-ci la convention par suite de laquelle elle n'est plus qu'un successeur à titre particulier, puisque les créanciers n'y sont pas intervenus. La cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question, parce qu'il y avait un arrêt passé en force de chose jugé qui la décidait en faveur de la femme. Nous n'y voyons aucun motif sérieux de douter (1)

SECTION V. — Droits et obligations du nu propriétaire.

§ I[er]. *Droits du nu propriétaire.*

N° 1. ACTES DE DISPOSITION.

34. Le nu propriétaire conserve la propriété de la chose qui est grevée d'usufruit. De là le nom qu'on lui donne. Les jurisconsultes romains vont jusqu'à dire que tout le

(1) Arrêt de rejet du 12 juillet 1865 (Dalloz, 1866, 1, 129).

fonds sujet à l'usufruit lui appartient. En effet, l'usufruit n'est qu'une servitude; or, le propriétaire du fonds servant ne laisse pas d'en être le propriétaire. Cependant le même jurisconsulte qui fait cette remarque dit ailleurs que l'usufruit est, à certains égards, une partie du domaine (1). Cela est incontestable, puisque l'usufruit est un démembrement de la propriété, donc l'usufruitier a une fraction de la propriété; il a la jouissance, il ne reste au propriétaire qu'une propriété nue, sans jouissance. La propriété étant démembrée, il n'est pas exact de dire que le nu propriétaire conserve son droit tout entier, il est nécessairement restreint par le droit de jouissance qui appartient à l'usufruitier. Il y a deux droits réels sur la même chose; c'est dire que l'un limite l'autre. Nous avons vu que le droit de jouissance qui appartient à l'usufruitier est limité par le droit de propriété qui reste au nu propriétaire. Nous allons voir comment le droit de nue propriété est limité par la jouissance qui appartient à l'usufruitier. Le principe est identique; les deux droits sont des droits réels, et à ce titre, égaux; l'un des propriétaires ne peut donc pas user de son droit de manière à compromettre l'autre. L'usufruitier ne peut pas porter atteinte au droit du propriétaire; de son côté, le nu propriétaire ne peut par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier (art. 599).

35. Le nu propriétaire peut faire tous les actes de disposition qui ne portent pas atteinte aux droits de l'usufruitier. Il peut donc aliéner la chose grevée d'usufruit, la vendre ou la donner; car l'aliénation, comme le dit l'article 621, ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il a un droit dans la chose qu'il exerce, n'importe à qui appartient la nue propriété. Le nu propriétaire pouvant aliéner, ses créanciers peuvent aussi saisir la nue propriété et la faire vendre. Comme la nue propriété se vend difficilement et à des conditions désavantageuses, il arrive parfois que l'usufruitier consent à ce que l'usufruit soit vendu simultanément. Comment, en ce cas, le prix se

(1) L. 25, pr., D., *de. verb. sign.* (Paul.). L. 4, D., *de usufr.* (VII, 1).

répartira-t-il entre l'usufruitier et le propriétaire ou ses créanciers? Il faut appliquer le principe que nous venons d'établir. La nue propriété et l'usufruit sont deux droits distincts, deux propriétés séparées, appartenant à deux personnes différentes ; il y a donc deux vendeurs, et par conséquent chacun a droit au prix de la chose qui lui appartient. Si la chose vendue en toute propriété a été aliénée pour un prix unique, il faudra faire une ventilation, c'est-à-dire estimer la valeur comparative de la nue propriété et de l'usufruit, et fixer en conséquence la part qui appartient à chacun des vendeurs dans le prix. L'usufruitier ne pourrait pas demander que la somme totale payée par l'acheteur lui fût remise pour en jouir sa vie durant. Cette prétention serait contraire au droit du nu propriétaire, lequel, ayant vendu la nue propriété, a droit au prix (art. 1582)(1). Il en serait ainsi lors même que la vente se ferait par expropriation et que le cahier des charges aurait stipulé que l'usufruitier jouirait du prix intégral pendant la durée de l'usufruit. Une pareille clause ne peut pas être opposée aux créanciers, parce que c'est une convention qui leur est étrangère ; ils exercent sur la chose vendue les droits de leur débiteur ; or, celui-ci, nu propriétaire, a droit au prix de la nue propriété, de même que l'usufruitier a droit au prix de l'usufruit. Vainement dirait-on que c'est la toute propriété qui a été vendue. Cela est vrai, mais la toute propriété divisée, formant deux propriétés indépendantes l'une de l'autre, ayant deux maîtres ; donc il doit y avoir deux prix ; par suite, il y a lieu à ventilation pour fixer un prix à part de la nue propriété, lequel appartiendra aux créanciers du nu propriétaire, et un prix de l'usufruit, lequel sera remis à l'usufruitier (2).

36. Le nu propriétaire ayant le droit d'aliéner, a par cela même le droit de consentir des droits réels sur la chose grevée d'usufruit. Cela ne fait aucun doute en principe ; mais, dans l'application, il faut tenir compte des droits de l'usufruitier auxquels le nu propriétaire ne peut

(1) Lyon, 7 novembre 1863 (Dalloz, 1864, 2, 54).
(2) Arrêt de cassation du 24 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 438).

pas porter atteinte. Peut-il hypothéquer? Oui, mais il ne peut hypothéquer que ce qui lui appartient, la nue propriété; ce n'est qu'à l'extinction de l'usufruit que l'hypothèque s'étendra à la toute propriété, comme nous le dirons au titre des *Hypothèques*. Le nu propriétaire peut-il établir des servitudes? Pothier et, à sa suite, tous les auteurs distinguent. Si la servitude n'altère en rien la jouissance de l'usufruitier, le nu propriétaire peut l'imposer; il ne nuit pas, en ce cas, aux droits de l'usufruitier, puisque celui-ci n'y a aucun intérêt. Telle serait la servitude de ne pas élever la maison plus qu'elle ne l'est; en effet, l'usufruitier n'ayant le droit de jouir de la maison que telle qu'elle est, ne pouvant pas l'élever, il est évident qu'il n'a aucun intérêt à réclamer contre la servitude. Mais, dit Pothier, le nu propriétaire ne pourrait pas imposer une servitude au préjudice de l'usufruitier, c'est-à-dire une servitude que l'usufruitier a quelque intérêt d'empêcher : telle serait une servitude de vue ou d'égout (1). Faut-il conclure de là que la servitude serait nulle? Pothier ne dit pas cela. Le nu propriétaire ayant la propriété du fonds a le droit d'y imposer une servitude; seulement cette servitude ne pourra pas nuire à l'usufruitier. Si elle lui nuit, le propriétaire du fonds dominant ne pourra l'exercer qu'à l'extinction de l'usufruit. Il faudrait le consentement de l'usufruitier pour que la servitude pût être exercée pendant la durée de sa jouissance.

Il faut aussi être propriétaire pour acquérir une servitude au profit d'un fonds, comme nous le dirons au titre des *Servitudes*. Le nu propriétaire peut donc acquérir une servitude pour le fonds grevé d'usufruit; loin de nuire à l'usufruitier, il lui procure un avantage. Le nu propriétaire n'a pas besoin du concours de l'usufruitier; il pourrait même l'acquérir malgré l'usufruitier. C'est la décision des lois romaines, suivie par Pothier; par cette acquisition, dit-il, il ne fait que bonifier l'usufruit, bien loin de l'altérer en rien (2). Il y a cependant un léger doute : si la servi-

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 242. C'est l'opinion de tous les auteurs (Dalloz, au mot *Servitudes*, n° 963)
(2) Pothier, *Du douaire*, n° 243.

tude consiste à faire, l'usufruitier sera obligé de l'exercer, et il sera responsable si, faute d'en user, elle s'éteint. Dans ce cas, l'acquisition de la servitude pourrait être nuisible à l'usufruitier, si d'ailleurs il n'a aucun intérêt à ce qu'elle soit établie. Nous croyons que la servitude serait toujours valablement acquise; mais si l'usufruitier s'y était opposé, il n'encourrait aucune responsabilité du chef de non-usage. D'après la rigueur des principes, il n'aurait pas même besoin de former opposition, car le nu propriétaire n'a pas le droit d'imposer une responsabilité nouvelle à l'usufruitier sans son consentement.

37. Le nu propriétaire peut former toutes les actions qui concernent la nue propriété sans le concours de l'usufruitier. Si la demande intéresse exclusivement la nue propriété, l'usufruitier n'a pas même le droit d'intervenir dans l'instance. Tel serait le litige qui s'élèverait entre deux héritiers sur la propriété d'un fonds grevé d'usufruit; l'usufruitier n'a aucun intérêt au débat, puisque son droit n'est pas contesté. Alors même que l'action intéresserait aussi l'usufruitier, le nu propriétaire pourrait la former, bien entendu dans les limites de son droit. Ainsi le nu propriétaire peut revendiquer le fonds qui lui appartient, mais s'il revendique seul, il ne peut demander la jouissance qui ne lui appartient pas. Par suite, il ne peut réclamer les fruits que le possesseur aurait perçus et qu'il doit restituer, si les fruits ont été perçus depuis l'ouverture de l'usufruit (1).

L'action en bornage intéresse également le nu propriétaire et l'usufruitier. Nous avons dit que l'usufruitier peut l'intenter (2). Le nu propriétaire a le même droit, l'article 646 le lui donne en termes formels. Si la demande en bornage était la suite d'une usurpation de la propriété, elle impliquerait une action en revendication, et par suite il faudrait appliquer ce que nous venons de dire; les restitutions de fruits ne pourraient pas être adjugées au nu

(1) Genty, *De l'usufruit*, p. 137, n° 168. Proudhon, t. III, p. 215, n° 1239. Arrêt de rejet du 20 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 63).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 464, n° 367.

propriétaire, si les fruits avaient été perçus depuis l'ouverture de l'usufruit (1).

Les nus propriétaires ont aussi l'action en partage; ils peuvent partager la succession sans le concours de l'usufruitier; bien entendu que le partage n'aura d'effet que pour la nue propriété. Dans ce cas, l'usufruitier n'a pas même le droit d'y intervenir. De là suit que s'il achetait la part d'un des copropriétaires par indivis, il pourrait être écarté du partage par le retrait successoral, car il est étranger au partage, quoiqu'il ait l'usufruit des biens qui en font l'objet; sa qualité d'usufruitier ne lui donnant aucun droit sur la propriété, ni le droit de prendre part aux actes qui ne concernent que la nue propriété (2). Nous reviendrons sur ce point au titre des *Successions*. Les nus propriétaires auraient le droit de partager les biens, quand même l'acte constitutif de l'usufruit l'aurait prohibé. La question s'est présentée dans l'espèce suivante. Par contrat de mariage, les futurs époux avaient stipulé que le survivant aurait l'usufruit de tous les biens du défunt, s'il n'y avait pas d'enfants nés du mariage, et que les héritiers du prédécédé n'auraient droit au partage qu'au décès du dernier vivant. Malgré cette clause, les héritiers nus propriétaires procédèrent au partage des biens, et la cour de Metz le valida (3). La loi donne à tous ceux qui sont dans l'indivision le droit de demander le partage nonobstant prohibitions et conventions contraires; on peut seulement convenir de suspendre le partage pendant cinq ans (art. 815). Mais cette dérogation suppose le consentement de ceux qui sont dans l'indivision. Dans l'espèce, il y avait un contrat, mais ceux qui y figuraient comme parties, les futurs époux, n'étaient pas en indivision; c'étaient des donateurs qui voulaient imposer une prohibition à leurs héritiers; or, l'article 815 déclare ces prohibitions nulles.

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 508, note 8 et les autorités qui y sont citées.
(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 135, nº 165.
(3) Metz, 3 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 204).

N° 2. ACTES DE JOUISSANCE.

38. En principe, le nu propriétaire ne peut ni user de la chose, ni en jouir, puisque le droit d'user et de jouir est détaché de la propriété et appartient à l'usufruitier. Toutefois, il y a des actes de jouissance que l'usufruitier ne peut pas faire. De là la question de savoir si le propriétaire peut percevoir tout l'émolument qui n'appartient pas à l'usufruitier. Il faut appliquer au droit de jouissance ce que nous avons dit du droit de disposition ; le propriétaire profite des émoluments qui ne sont pas attribués à l'usufruitier, à condition de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier (art. 599). Ainsi le nu propriétaire a droit à la moitié du trésor découvert dans son fonds par un tiers ; car la loi donne cette moitié au propriétaire, et il est bien évident qu'en recueillant ce don de la fortune, le nu propriétaire ne nuit pas aux droits de l'usufruitier, puisque celui-ci n'a aucun droit au trésor en vertu de son usufruit (art. 598). Il en est de même des arbres de haute futaie, arrachés ou brisés par accident ; l'usufruitier n'y a droit que pour faire les réparations dont il est tenu ; si donc il n'y a pas de réparations à faire, les arbres appartiennent au propriétaire.

Le nu propriétaire pourrait-il abattre des arbres de haute futaie? Il a droit à ces arbres comme à un produit du fonds qui n'est pas considéré comme fruit, et qui par conséquent n'appartient pas à l'usufruitier ; mais ce droit est restreint par le principe écrit dans l'article 599 qui ne lui permet pas de nuire, de quelque manière que ce soit, aux droits de l'usufruitier. Or, l'usufruitier a le droit de jouir de la chose dans l'état où elle se trouve lors de l'ouverture de l'usufruit ; il a donc le droit de jouir de la haute futaie, ne fût-ce qu'à titre d'agrément ; de là Pothier conclut avec raison qu'il n'est pas permis au propriétaire d'abattre le bois. Il ajoute cependant une restriction : si le bois, à raison de la vieillesse des arbres, était tellement couronné qu'il fût nécessaire de l'abattre pour en empêcher le dépérissement et la perte, l'usufruitier ne pourrait en

ce cas s'y opposer : abattre le bois serait alors un acte conservatoire que le nu propriétaire a le droit de faire, et que par conséquent l'usufruitier n'a pas le droit d'empêcher (1). Toutefois la rigueur du droit nous oblige à n'admettre la doctrine de Pothier qu'avec une réserve. Sans doute le propriétaire peut faire les actes conservatoires, mais il ne peut rien faire qui nuise aux droits de l'usufruitier. Pour qu'il puisse abattre les arbres couronnés, il faut donc qu'il soit constant que la haute futaie ne procure à l'usufruitier ni agrément ni utilité (2).

Pothier admet encore une autre exception : le propriétaire, dit-il, peut aussi, lorsqu'il survient de grosses réparations, abattre quelques chênes dans un bois de haute futaie, autant qu'il en faut pour lesdites réparations. Nous croyons que cette opinion doit être suivie sous l'empire du code civil. L'article 592, bien qu'il défende à l'usufruitier de toucher aux arbres de haute futaie, lui permet de faire abattre des arbres pour les réparations dont il est tenu. Il y a plus qu'analogie en faveur du nu propriétaire, car les arbres de haute futaie lui appartiennent; s'il ne peut les abattre, c'est uniquement parce qu'il ne peut nuire aux droits de l'usufruitier. Or, est-ce nuire aux droits de l'usufruitier que de couper un chêne ou deux dans une futaie? Cela n'empêchera pas l'usufruitier de jouir de la futaie, à titre d'agrément, et c'est à peu près le seul droit qu'il y exerce, car, quant aux produits des arbres qu'il peut prendre aux termes de l'article 593, cela est de si peu d'importance pour quelques arbres, que le juge pourrait répondre, comme le préteur romain le faisait, en disant que la justice ne s'occupe pas des infiniment petits (3).

Enfin Pothier enseigne que l'usufruitier *paraît* sans intérêt pour empêcher le propriétaire d'abattre les chênes épars dans les champs, pourvu qu'il en laisse plus qu'il n'en faut pour les réparations usufructuaires qui pourraient

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 240. Son opinion est suivie par tous les auteurs (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 299).

(2) Ainsi jugé par la cour de Poitiers, 2 avril 1818 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 299).

(3) Dans le même sens, les auteurs modernes (Demolombe, t. X, p. 368, n° 418).

survenir. Sur ce point, il y a quelque doute, et Pothier lui-même ne s'exprime plus avec une entière certitude. Demolombe hésite également, par la raison que le nu propriétaire ne peut exercer aucune entreprise sur la chose pendant la durée de l'usufruit. Cela est trop absolu. Les chênes épars sont des arbres de haute futaie; l'usufruitier n'y a donc aucun droit; si du reste, comme Pothier le suppose, il n'a aucun intérêt à ce qu'ils soient conservés, le nu propriétaire les peut abattre, comme étant un produit qui lui appartient, à condition de ne pas nuire à l'usufruitier. C'est donc une question de fait plutôt que de droit.

Il y a des auteurs qui pensent que le nu propriétaire doit indemniser l'usufruitier du préjudice qu'il lui cause en abattant des arbres. D'autres décident que l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité, parce que le nu propriétaire n'a fait qu'user de son droit; ils invoquent l'adage que celui qui use de son droit ne fait de tort à personne. Il nous semble que les uns et les autres se trompent. S'il y a réellement un préjudice causé, le nu propriétaire est sans droit, puisque la loi dit qu'il ne peut rien faire qui nuise à l'usufruitier (art. 599); donc l'usufruitier pourra s'opposer à ce que le propriétaire abatte les arbres qu'il n'a pas le droit de couper, et si celui-ci le faisait malgré cette oppotion, il serait certainement tenu des dommages-intérêts (1).

39. Le nu propriétaire a le droit de veiller à la conservation des choses soumises à l'usufruit. Ce droit ne saurait lui être contesté, il découle de la propriété. Mais la difficulté est de savoir quels actes le propriétaire peut faire lui-même, et quels actes il peut obliger l'usufruitier de faire, car celui-ci est obligé de conserver. Proudhon pose en principe que le nu propriétaire peut immédiatement prendre lui-même toutes les mesures nécessaires pour la conservation de la chose. Cela est trop absolu. C'est l'usufruitier qui jouit, cette jouissance est un droit réel, donc un droit exclusif dans les mains de l'usufruitier aussi bien que dans celles du propriétaire. La conséquence en est que le nu propriétaire ne peut rien faire qui gêne la

(1) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 300.

jouissance de l'usufruitier. Si celui-ci ne conserve pas la chose, le propriétaire pourra agir contre lui. Mais il ne peut faire lui-même les actes conservatoires, comme toute espèce d'actes, qu'à la condition de ne pas nuire aux droits de l'usufruitier. Ainsi, peut-il établir un garde pour la conservation de sa forêt et un concierge pour veiller à la sûreté de sa maison? Oui, dit Proudhon, et même contre le gré de celui-ci (1). Cela nous paraît douteux, ce serait une espèce de surveillant de la jouissance de l'usufruitier, donc une gêne, une entrave ; il est vrai que l'usufruitier ne jouit pas en bon père de famille, il ne remplit pas son obligation. Mais s'il cultivait mal, serait-ce une raison pour que le nu propriétaire cultivât à sa place? Il n'y a lieu qu'à une action en dommages et intérêts, ou en extinction de l'usufruit.

Il y a des actes de conservation que, dans notre opinion, le nu propriétaire est obligé de faire, ce sont les grosses réparations; même dans l'opinion contraire, il a le droit de les faire, et comme l'usufruitier n'y est pas tenu, il est certain que le nu propriétaire y peut procéder, sans que l'usufruitier puisse se plaindre d'une privation de jouissance. Aux termes de l'article 1724, le locataire a droit à une indemnité, lorsque les réparations durent plus de quarante jours. Il est certain que cette disposition n'est pas applicable à l'usufruitier; elle tient à la nature du bail qui oblige le bailleur à faire jouir le preneur, tandis que le nu propriétaire n'a aucune obligation à cet égard. Ici on peut dire à la lettre qu'en réparant la chose il use de son droit, et que partant il ne fait de tort à personne. Par la même raison, il peut reconstruire ce qui tombe de vétusté et ce qui est détruit par un incendie. Il n'y est pas obligé, mais sa qualité de propriétaire lui en donne le droit, et l'exercice de ce droit ne saurait nuire à l'usufruitier. Tout le monde est d'accord sur ce point (2).

40. Le nu propriétaire peut-il améliorer la chose sujette à l'usufruit? C'est son droit de propriétaire, mais

(1) Proudhon, t. II, p. 439, n° 873. Pothier, *Du douaire*, n° 241. Comparez Genty, *De l'usufruit*, p 133, n° 162.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p 508, note 10.

même dans l'exercice d'un droit, il ne peut pas porter atteinte aux droits de l'usufruitier. Nous avons déjà dit en quel sens et avec quelles restrictions, à notre avis, il peut acquérir une servitude pour l'utilité ou la commodité de l'héritage. Peut-il construire un bâtiment sur un terrain nu? Pothier distingue et Proudhon à sa suite : oui, si le bâtiment est nécessaire ou utile à l'exploitation du domaine : non, si c'est une construction inutile (1). Même dans le premier cas, nous ne croyons pas que le nu propriétaire puisse construire, malgré l'usufruitier, car il en résultera nécessairement, pendant la construction, un trouble dans sa jouissance ; puis, c'est porter atteinte à ses droits ; l'usufruit étant établi sur un terrain nu, l'usufruitier a le droit d'en jouir comme tel, et le nu propriétaire n'a pas le droit de changer cette jouissance.

41. La restriction que l'article 599 met à l'exercice des droits que le nu propriétaire tient de son domaine ne reçoit pas son application aux choses que le nu propriétaire possède en pleine propriété. Il a, en ce cas, deux qualités. Comme détenteur d'un fonds grevé de servitude, il ne peut rien faire qui puisse nuire aux droits de l'usufruitier ; comme propriétaire de fonds non soumis à l'usufruit, il jouit d'une entière liberté, en ce sens qu'il est régi par le droit commun. Il pourrait donc exhausser la maison dont il a la propriété pleine, sans que l'usufruitier ait le droit de se plaindre qu'on diminue ses jours ; car ce n'est pas le nu propriétaire qui diminue sa jouissance, c'est un propriétaire qui, comme tel, n'est tenu d'aucune obligation à l'égard de l'usufruitier, sinon de celles qui existent, d'après le droit commun, entre voisins. Proudhon, tout en acceptant cette décision, y met une restriction que nous ne saurions admettre, en distinguant entre le préjudice plus ou moins grand que l'exhaussement causerait à l'usufruitier : c'est transporter au propriétaire une limitation qui ne frappe que le nu propriétaire (2).

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 241. Proudhon, t. II, p. 441, n° 875. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 506 et note 3, et les autorités qu'ils citent.

(2) Proudhon, t. II, p. 444, n° 849. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 507 et note 4.

42. On voit que le nu propriétaire n'a guère, comme tel, des droits utiles de jouissance pendant la durée de l'usufruit. C'est l'usufruitier qui jouit; tout ce que le propriétaire peut faire, c'est de veiller à ce que l'usufruitier remplisse les obligations qui lui sont imposées. Il peut agir à cet effet contre l'usufruitier, soit pour le forcer à remplir ses obligations, soit pour réclamer des dommages-intérêts en cas d'abus. Nous renvoyons à ce que nous avons dit sur cette matière, en traitant des obligations de l'usufruitier (1). Si l'abus est grave, le nu propriétaire peut demander l'extinction de l'usufruit, comme nous le dirons plus loin.

§ II. *Obligations du nu propriétaire.*

43. Dans le sens strict du mot, le nu propriétaire n'a pas d'obligations à l'égard de l'usufruitier : détenteur d'un fonds grevé de servitude, il est seulement tenu à souffrir et à ne pas faire. Toutefois le code n'a pas appliqué ce principe avec la rigueur qui distingue les jurisconsultes romains. Il met les grosses réparations à la charge du nu propriétaire (art. 605), ce qui, dans notre opinion, signifie qu'il peut être forcé à les faire. Hors ce cas, le nu propriétaire n'a pas d'obligations proprement dites (2).

On dit d'ordinaire que le nu propriétaire est tenu de délivrer la chose sujette à l'usufruit. Cela n'est pas exact; le nu propriétaire, comme tel, n'est pas obligé à délivrer; s'il doit le faire, c'est parce que le titre constitutif de l'usufruit l'y oblige. Il faut donc distinguer. Quand l'usufruit n'émane pas du nu propriétaire, celui-ci n'est certes pas obligé à la délivrance, car il n'est pas possesseur. Tel serait le cas où le testateur léguerait la nue propriété d'un fonds à Pierre et l'usufruit à Paul. C'est l'héritier, dans ce cas, qui possède; c'est contre lui que le légataire de l'usu-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 620, nº 500 ; p. 644, nº 520 ; p. 664, nº 533.

(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 128, nº 159. Comparez le tome V de mes *Principes*, p. 685, nº 548.

fruit doit agir pour obtenir la délivrance de la chose, le nu propriétaire n'a ni qualité ni obligation de délivrer. Si l'usufruit est constitué par vente ou donation, le vendeur ou le donateur est naturellement tenu à la délivrance, non pas comme nu propriétaire, mais en vertu du contrat de vente ou de donation; le vendeur et le donateur sont alors débiteurs, et l'usufruitier est créancier : c'est dire que les droits et obligations sont conventionnels et n'ont rien de commun avec le droit réel d'usufruit (1). L'obligation de délivrance est régie par les principes généraux qui régissent les obligations du vendeur et du donateur; nous les exposerons au titre de la *Vente*. Nous avons déjà dit qu'il ne doit pas délivrer la chose en bon état de réparations d'entretien. Nous renvoyons à l'explication que nous avons donnée de l'article 600 (2).

L'usufruitier a-t-il droit à la garantie? Comme usufruitier, non, car comme tel il n'est pas créancier. Il ne peut avoir droit à la garantie qu'en vertu du contrat constitutif de l'usufruit. Ici encore il faut appliquer les principes généraux. Est-ce une vente, le vendeur est tenu à garantie. Est-ce une donation, le donateur ne répond que de ses faits personnels (3). Le siége de la matière est aux titres de la *Vente* et des *Donations*, auxquels nous renvoyons.

44. En traitant des droits du nu propriétaire, nous avons dit que l'article 599 les restreint en ce sens qu'il ne peut rien faire qui porte atteinte aux droits de l'usufruitier (n° 34). Ce n'est pas une obligation proprement dite, puisqu'elle ne dérive pas d'un lien personnel que la convention aurait établi entre le nu propriétaire et l'usufruitier; c'est l'application d'un principe général qui régit les servitudes. Aux termes de l'article 701, le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Or, le nu propriétaire est détenteur du fonds servant, et la servitude restreint naturellement son droit de propriété. Nous

(1) Proudhon, t. III, p. 433, n° 1460. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 125, n° 193.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 680, n° 544
(3) Proudhon, t. III, p. 436, n° 1462.

renvoyons à ce que nous venons de dire en traitant des droits du nu propriétaire. Il a été jugé, par application de l'article 599, que le nu propriétaire ne peut faire aucune innovation sur le fonds grevé d'usufruit sans le consentement de l'usufruitier, bien entendu si cette innovation peut nuire aux droits de l'usufruitier, et non, comme le dit Dalloz, dans le cas où l'innovation serait tout à l'avantage de l'usufruitier. Le même arrêt a décidé que l'usufruitier peut demander la destruction des travaux faits par le nu propriétaire (1). C'est le droit commun. Ici le droit commun a cela de singulier que le propriétaire est tenu de détruire ce qu'il a bâti sur son propre fonds; c'est que ce fonds n'est plus libre, il est grevé d'une servitude qui diminue les droits du propriétaire.

§ III. *Rapports du nu propriétaire et de l'usufruitier.*

45. La plupart des auteurs disent que l'usufruitier et le nu propriétaire sont associés ou communistes. C'est une question de théorie plutôt que de pratique, sauf les conséquences qui en dérivent quant au mandat. Nous croyons qu'il n'y a pas de société entre l'usufruitier et le nu propriétaire. Leurs droits sont distincts et séparés, quoiqu'ils portent sur la même chose. Le fait que deux personnes ont un droit réel sur une seule et même chose n'établit entre eux ni société ni communion. A-t-on jamais songé à dire qu'il y avait société entre le propriétaire d'un fonds hypothéqué et le créancier hypothécaire, ou entre les divers créanciers hypothécaires? Il n'y en a pas davantage entre le nu propriétaire et l'usufruitier (2). Cette théorie est d'ailleurs tout à fait inutile; on peut très bien expliquer les rapports qui existent entre le nu propriétaire et l'usufruitier, sans avoir recours à la supposition d'une société; ils découlent naturellement des principes qui régissent les servitudes.

(1) Lyon, 15 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 590).
(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 134, n° 164. Comparez Proudhon, t. Ier, p. 7, n° 7.

46. L'usufruitier est-il mandataire du nu propriétaire? Dans l'ancien droit, c'était une question très-controversée. Les uns niaient que l'usufruitier fût mandataire, d'autres admettaient un mandat tacite, mais ils se divisaient sur l'étendue de ce mandat : d'après les uns, il était général, d'après les autres, spécial (1). Cette dernière opinion était celle de Dumoulin ; c'est la seule qui nous intéresse, parce qu'elle a été reproduite sous l'empire du code civil par Proudhon. Par cela seul, disait Dumoulin, que l'usufruitier est gardien de la chose qu'il est tenu de conserver, il a un mandat tacite du nu propriétaire de faire tout ce qui concerne la conservation de ses droits. Dumoulin qualifie ce mandat de général, en ce sens qu'il comprend tous les actes que l'usufruitier doit faire comme gardien. Mais il n'est pas général dans le sens propre du mot ; Dumoulin lui-même dit que ce mandat ne concerne que la garde et l'administration de la chose, qu'il est étranger aux autres intérêts du nu propriétaire (2). La théorie d'un mandat tacite, telle qu'elle est enseignée par Proudhon (3), nous paraît tout aussi inadmissible que celle de la société, et tout aussi inutile. Elle suppose que l'usufruitier est mandataire dans son intérêt et dans celui du propriétaire. Cette idée d'un mandat conféré dans l'intérêt du mandataire est étrangère à nos textes ; elle repose, en droit romain, sur une cession d'actions que le mandant est censé faire au mandataire. Or, à quoi bon imaginer une cession d'actions par le nu propriétaire? Est-ce pour autoriser l'usufruitier à agir contre les tiers qui, en troublant sa jouissance, compromettent en même temps les droits du propriétaire? L'usufruitier n'a pas besoin qu'on lui cède des actions ; il a le droit et, en un certain sens même, l'obligation d'agir. Du reste la loi pourvoit aux intérêts du propriétaire, en obligeant l'usufruitier à lui dénoncer les usurpations qui seraient commises sur le fonds, ainsi que tous les actes qui attenteraient à ses droits. Par là, le propriétaire est

(1) Proudhon, t. Ier, p. 37 et suiv., n° 39.
(2) Dumoulin, *Coutume de Paris*, tit. I, § 1, glose 1, nos 15 et 16.
(3) Proudhon, p. 31 et suiv., nos 37 et 38. En sens contraire, Genty, p. 122, nos 150, 151.

mis à même d'agir et toute cession d'actions est inutile.

Mais la question a encore une autre face. On demande si les actes de conservation faits par l'usufruitier profitent au nu propriétaire. Nous avons décidé la question affirmativement. Il y a des actes de conservation qui ne rentrent pas dans le texte de l'article 614; telles sont les interruptions de prescription, le renouvellement d'inscriptions hypothécaires; c'est l'usufruitier qui doit prendre l'initiative; c'est un droit à son égard, et une obligation à l'égard du propriétaire. D'où dérivent ce droit et cette obligation? D'une part, l'usufruitier est tenu de conserver en vertu de l'essence même de l'usufruit; il doit rendre la chose non détériorée ni diminuée par sa faute. D'autre part, le nu propriétaire, étranger à la jouissance et à l'administration, est intéressé à ce que l'usufruitier conserve la propriété en même temps que la jouissance; on peut donc admettre qu'il consent à ce que l'usufruitier agisse en son nom. De ce double intérêt, qui au fond est identique, on peut inférer un consentement tacite valant mandat (1). Mais de là à un mandat général, tel que le formule Proudhon d'après Dumoulin, il y a loin. Proudhon lui-même n'admet pas les conséquences de ce prétendu mandat. Si l'usufruitier était mandataire général du nu propriétaire, même dans les limites tracées par Dumoulin, pour la défense, la garde, l'administration et la conservation du fonds, il aurait le droit de le représenter en justice, et par suite les jugements rendus avec l'usufruitier auraient force de chose jugée à l'égard du propriétaire. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quels sont les principes qui régissent la chose jugée; pour le moment, nous nous bornons à énoncer la doctrine qui est généralement suivie. Les jugements que l'usufruitier a obtenus au possessoire et même au pétitoire profitent au nu propriétaire; mais ceux qui sont rendus contre l'usufruitier ne peuvent être opposés au nu propriétaire.

47. S'il y a, en un certain sens, mandat tacite donné par le nu propriétaire à l'usufruitier, faut-il admettre aussi que le nu propriétaire est le mandataire de l'usufruitier?

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 660, nos 530, 531.

Ici les bases du mandat tacite font défaut. Rien n'empêche l'usufruitier qui est sur les lieux, qui jouit, qui administre, de veiller lui-même à ses intérêts; ce serait renverser l'ordre naturel des choses que de supposer que l'usufruitier donne mandat au nu propriétaire de conserver ses droits de jouissance, alors que le nu propriétaire ignore ce qu'il y a à faire pour la conservation de ces droits, tandis que l'usufruitier seul le sait. Il y a sans doute des actes de conservation que le nu propriétaire peut faire aussi bien que l'usufruitier : telle serait l'assurance des choses sujettes à l'usufruit. Le nu propriétaire seul assure, et on suppose qu'il assure la toute propriété; lui seul paye la prime; puis les choses périssent. L'usufruitier peut-il réclamer la jouissance de l'indemnité payée au nu propriétaire? Il a été jugé qu'il n'y avait aucun droit (1). Il est vrai que l'usufruitier et le nu propriétaire sont l'un et l'autre intéressés à assurer les choses grevées d'usufruit, mais cet intérêt commun ne suffit point pour que le propriétaire soit le mandataire de l'usufruitier. L'on objecte que l'assurance stipulée par l'usufruitier profite au nu propriétaire (2). Mais la position du nu propriétaire est bien différente de celle de l'usufruitier. Le premier n'est pas tenu de conserver la chose, il n'est pas tenu de veiller aux intérêts de l'usufruitier; tandis que l'usufruitier est obligé de conserver la chose et par cela même il doit veiller aux intérêts du propriétaire. On peut donc admettre que lorsque l'usufruitier fait un acte de conservation qui intéresse nécessairement le nu propriétaire, il le fait pour sauvegarder leur intérêt commun. Le nu propriétaire, au contraire, qui fait un acte conservatoire, tel que l'assurance, agit dans son seul intérêt; il est intéressé pour la propriété et même pour la jouissance, puisque cette jouissance doit lui revenir et peut lui revenir d'un jour à l'autre. Il a donc intérêt à assurer la toute propriété, quoiqu'il n'ait pas pour le moment la jouissance (3). On ne peut pas en dire

(1) Besançon, 26 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 96). Comparez Proudhon, t. IV, p. 49-59, nos 1601 et suiv.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 660, n° 530.
(3) En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 513 et note 21.

autant de l'usufruitier; il n'a aucun droit à la propriété, et il n'est intéressé à la conserver que pour assurer sa jouissance.

48. Il suit de là que le nu propriétaire n'a aucune qualité pour représenter l'usufruitier en justice. Voilà pourquoi l'usufruitier peut former tierce opposition aux jugements rendus avec le nu propriétaire lorsqu'ils préjudicient à ses droits. Il ne pourrait pas y former tierce opposition, s'il était représenté par le propriétaire, car dans ce cas le jugement serait rendu avec lui-même, puisque ce qui est jugé avec le mandataire est jugé avec le mandant (1).

En définitive, quand le nu propriétaire ou l'usufruitier agissent en justice, les défendeurs ont intérêt et droit à demander la mise en cause, soit de l'usufruitier, soit du nu propriétaire. S'ils obtiennent gain de cause, ils ne peuvent pas opposer le jugement à celui qui n'a pas été partie au procès, de sorte qu'ils pourraient être obligés de recommencer une seconde instance dans laquelle, à la rigueur, il se peut qu'ils succombent; ou le jugement pourrait être attaqué par la voie de la tierce opposition, et dans ce débat encore, il est possible qu'ils succombent.

49. Le nu propriétaire et l'usufruitier ont des intérêts communs; mais ils peuvent différer d'avis sur ce qu'il convient de faire pour sauvegarder cet intérêt. Parmi les choses sujettes à l'usufruit, se trouvent des actions dans une société anonyme. Si tous les versements ne sont pas encore faits, qui doit les faire, le nu propriétaire ou l'usufruitier? C'est l'actionnaire qui doit verser; or, l'usufruitier n'est pas actionnaire; ce n'est donc pas lui qui doit faire les versements, c'est l'actionnaire, c'est-à-dire le nu propriétaire. Mais que faut-il décider si le nu propriétaire ne verse pas? Le droit de jouissance de l'usufruitier sera compromis. Peut-il se prévaloir de cet intérêt pour obliger le nu propriétaire à compléter ses versements? En principe l'usufruitier n'a pas d'action contre le nu propriétaire, il n'est pas créancier, et le nu propriétaire n'est pas débiteur.

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 493 et note 69 Proudhon traite longuement de la tierce opposition, t. III, p. 266, nos 1287 et suiv.

Si sur le refus du nu propriétaire, l'usufruitier verse les fonds, aura-t-il un recours contre le nu propriétaire? Il a le droit de jouir de l'action, il a donc intérêt à faire les versements; ces versements profitent au nu propriétaire. Faut-il en conclure que l'usufruitier agit ici comme mandataire ou gérant d'affaires? Nous croyons qu'il n'y a ni mandat ni gestion d'affaires. Puisque le nu propriétaire a refusé de verser, il ne peut pas être question d'un mandat qu'il donnerait à l'usufruitier. D'un autre côté, il n'y a pas de gestion d'affaires lorsque le maître refuse d'agir. L'usufruitier n'aurait donc que l'action qui lui appartient quand il a fait des impenses utiles, action fondée sur l'équité et limitée à l'utilité qu'il procure au nu propriétaire.

Il peut se présenter une autre difficulté. La société fait un nouvel appel de fonds en créant de nouvelles actions. C'est le nu propriétaire qui devrait verser; il s'y refuse. L'usufruitier le fait à sa place. Aura-t-il un recours? Cette hypothèse diffère de celle que nous venons d'examiner. Les nouvelles actions ne sont pas une dette; tandis que l'action une fois prise, l'actionnaire devient débiteur, sous peine de déchéance, en vertu des clauses usuelles des sociétés. Donc si l'usufruitier veut verser, la première question est de savoir s'il en a le droit. Il n'est pas actionnaire, mais il a tous les émoluments attachés à l'action. Un de ces avantages est de profiter du bénéfice des nouvelles actions qui seraient émises. Il a donc le droit de faire les versements de nouveaux fonds que la société demande. S'il les fait, à qui appartiendront les nouvelles actions, lorsque c'est sous cette forme que l'appel de fonds a lieu? Si le droit de profiter de la nouvelle émission est réservé aux actionnaires, l'usufruitier n'aura droit qu'à la jouissance des actions nouvelles; les actions mêmes appartiendront au nu propriétaire. L'usufruitier aura un recours; mais lequel? Les actions peuvent monter ou baisser: peut-il réclamer à la fin de l'usufruit la somme qu'il a déboursée, ou peut-il réclamer la valeur réelle de l'action? La solution dépend du point de savoir si l'usufruitier est mandataire ou gérant d'affaires du nu propriétaire. D'après ce que nous venons de dire, il n'y a ni mandat ni gestion d'affai-

res; l'usufruitier peut seulement réclamer une indemnité jusqu'à concurrence de ce dont le nu propriétaire s'est enrichi. Peu importe donc la valeur nominale de l'action; il faut voir quelle est, lors de l'extinction de l'usufruit, la valeur réelle; c'est de celle-là que le nu propriétaire s'enrichit et qu'il doit restituer. L'usufruitier perdra ou il gagnera, selon que les actions auront baissé ou monté. C'est une conséquence rigoureuse du principe qu'il n'y a ni mandat ni gestion d'affaires.

SECTION VI. — Comment l'usufruit prend fin.

§ Ier. *Causes d'extinction.*

N° 1. MORT DE L'USUFRUITIER.

50. « L'usufruit s'éteint par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier » (art. 617). Pourquoi l'usufruit s'éteint-il par la mort de l'usufruitier? On donne comme raison que telle est l'intention des parties intéressées; d'ordinaire cela est vrai, parce que le plus souvent l'usufruit se constitue par testament ou par contrat de mariage; or, dans la pensée du testateur et du donateur, la jouissance est établie exclusivement dans l'intérêt de l'usufruitier : c'est donc un droit attaché à sa personne et qui doit s'éteindre avec lui (1). Mais l'usufruit peut aussi être constitué à titre onéreux; et on ne peut pas dire que le vendeur établit l'usufruit par affection pour l'acheteur, afin de lui donner une certaine aisance ou même une certaine richesse, comme on peut le dire des conjoints qui s'accordent réciproquement l'usufruit de tous leurs biens. Il y a encore un autre motif qui a engagé le législateur à limiter l'usufruit à la vie de l'usufruitier, c'est que la propriété deviendrait un droit inutile si le droit de jouir en pouvait être détaché à perpétuité (2).

Il n'y a pas de bonne raison pour justifier la disposi-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 147, n° 220.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 731.

tion du code qui assimile la mort civile à la mort naturelle. C'est une disposition qui vient de l'ancien droit. Le législateur fait bien de respecter la tradition, mais il a tort de la suivre servilement. Nous n'insistons pas sur cette critique, puisqu'elle est devenue sans objet depuis que la mort civile est abolie en Belgique et en France.

Lorsqu'il y a contestation sur le point de savoir si l'usufruitier est réellement décédé, à qui est-ce à prouver la mort? Le principe est que c'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande; de là suit, aux termes de l'article 1315, que celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Par application de ces principes, il faut décider que c'est au nu propriétaire qui prétend que son fonds est libéré par la mort de l'usufruitier à le prouver. Il y a un autre droit viager pour lequel la loi établit un principe contraire : elle impose au propriétaire d'une rente viagère l'obligation de justifier de son existence pour obtenir le payement des arrérages, de sorte que le débiteur n'a rien à prouver (art. 1983). C'est que les arrérages sont considérés comme autant de créances conditionnelles auxquelles le rentier n'a droit que s'il vit au moment où les arrérages échoient; tandis que l'usufruitier a un droit dans la chose, au même titre que le propriétaire; celui-ci est grevé d'une servitude, c'est donc à lui de prouver que l'usufruit s'est éteint par l'une des causes qui y mettent fin d'après la loi (1).

51. L'usufruit peut être constitué au profit de plusieurs personnes qui doivent jouir l'une après la mort de l'autre. Dans ce cas, il existe autant d'usufruits que de personnes appelées à jouir. La première est appelée purement et simplement, les autres conditionnellement, en ce sens qu'elles doivent vivre au moment où le droit s'ouvre en leur faveur (2). La disposition peut aussi être conjonctive : naît alors la question de savoir s'il y a lieu au droit d'accroissement entre les colégataires de l'usufruit; nous la traiterons au titre des *Donations et Testaments*.

(1) Duranton, t. IV, p. 626, nº 648.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 446, nº 354.

La durée de l'usufruit successif n'est pas une exception à la règle établie par l'article 617, car l'usufruit est toujours limité à la vie de la personne qui est appelée à jouir après toutes les autres, et le disposant aurait pu l'appeler directement à la jouissance de la chose. Peut-il être dérogé à la règle, en ce sens que l'usufruit puisse durer au delà de la mort de l'usufruitier? Nous avons déjà décidé la question négativement (1). On objecte que l'usufruit n'est viager qu'en vertu de la volonté présumée des parties intéressées, mais que cette présomption doit céder à la preuve d'une volonté contraire (2); on en conclut que l'usufruit peut durer quatre-vingt-dix-neuf ans comme l'emphytéose. Nous avons d'avance répondu à l'objection en exposant les motifs du principe établi par l'article 617. Nous n'entendons pas soutenir, comme on le fait (3), que l'usufruit soit d'ordre public; mais il y a au moins un motif d'intérêt général qui justifie la durée viagère de l'usufruit; la société est intéressée à ce que la propriété ne devienne pas inutile entre les mains du propriétaire, en même temps que la jouissance de l'usufruitier est restreinte par les droits du propriétaire. Cela suffit pour qu'il ne puisse pas être dérogé à l'article 617. Sans doute le législateur aurait pu déterminer une durée de la jouissance, indépendante de la mort de l'usufruitier, et qui, étant limitée, n'aurait pas rendu la propriété inutile. Mais il ne l'a pas fait, et on ne peut, en cette matière, raisonner par analogie de l'emphytéose, car la différence est grande entre l'emphytéose et l'usufruit, comme nous le dirons plus loin.

52. L'usufruit s'éteint par la mort, alors même qu'il aurait été établi à titre onéreux. Il peut donc s'éteindre le jour même où il a pris naissance. La loi a prévu ce cas quand il s'agit d'une rente viagère : l'article 1975 déclare sans effet le contrat par lequel une rente viagère a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours du contrat. On ne peut étendre cette disposition à l'usufruit, parce qu'elle est

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 446, n° 353.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 184, n° 223.
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 732.

exceptionnelle. Nous dirons, au titre du *Prêt*, sur quelles raisons elle se fonde ; elles ne s'appliquent pas à l'usufruit.

53. L'usufruit peut être constitué en faveur d'une personne dite civile. On demande si la première cause d'extinction, la mort, s'applique à ces personnes fictives. Elles peuvent mourir fictivement, de même qu'elles naissent fictivement. La loi qui les crée peut aussi les abolir, et dans ce cas, naturellement, l'usufruit qui leur a été accordé viendra à cesser, le non-être ne pouvant avoir aucun droit. Hors le cas d'abolition légale, les personnes civiles ne meurent pas. Le législateur a donc dû fixer un terme à la durée de l'usufruit qui leur appartient, afin que la jouissance ne soit pas pour toujours séparée de la propriété. En droit romain, il y avait deux opinions différentes : d'après les uns, l'usufruit durait cent ans, terme le plus long de la vie humaine : d'après les autres, il devait cesser après trente ans, durée moyenne de la vie des hommes. Les corporations n'étaient pas vues avec faveur, en France, au sortir d'une révolution dirigée en grande partie contre la plus puissante des corporations, l'Église. On lit dans le rapport fait au Tribunat que c'était « un ridicule prétexte » que de comparer, sous le rapport de la durée de la vie, une corporation à un être réel. Le législateur préféra l'opinion qui tend à laisser le moins longtemps possible la jouissance séparée de la propriété : ce sont les expressions du tribun Gary (1).

Puisque la volonté bien formelle du législateur est de réduire la durée de l'usufruit accordé aux personnes civiles, il y a une raison de plus pour leur appliquer ce que nous avons dit sur la question de savoir si l'usufruit peut dépasser la vie humaine. La négative est presque généralement enseignée (2). Il est inutile d'insister sur le dissentiment de quelques auteurs, les principes, en cette matière, étant d'une évidence incontestable. Notons seulement qu'il

(1) Perreau, Rapport au Tribunat, n° 19 (Locré, t. IV, p. 134). Discours de Gary, n° 26 (Locré, t. IV, p. 141). Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 147, n° 221 ; Duranton, t. IV, p. 641, n° 664 ; Demolombe, t. X, p. 216, n° 243.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 463, note 4, et les auteurs qu'ils citent.

ne faut pas confondre avec l'usufruit le legs annuel d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées qui serait fait à un bureau de bienfaisance ou aux hospices. Un legs pareil peut être fait à perpétuité, de même que les rentes peuvent être perpétuelles. Cette charge n'a rien de commun avec l'usufruit ; elle diminue la jouissance de celui à qui elle est imposée, elle ne l'anéantit pas ; dès lors il n'y a aucun motif d'en limiter la durée (1).

N° 2. EXPIRATION DU TERME.

54. L'usufruit s'éteint, dit l'article 617, par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé. Comment compte-t-on le délai? Il y a une légère difficulté pour le cas où l'usufruit est légué. Le légataire, dans l'opinion que nous avons enseignée, n'a droit aux fruits qu'à partir de la délivrance qui lui est faite de la chose léguée ; est-ce à partir de ce moment que courra le terme pour lequel l'usufruit est établi? Non, le droit du légataire de l'usufruit, comme de tout légataire, s'ouvre à la mort du testateur ; à partir de ce moment, il est usufruitier, et s'il ne l'est que pour dix ans, les dix ans commenceront immédiatement à courir. En effet, le terme est attaché au droit de jouir et non à la jouissance de fait, sauf, bien entendu, manifestation d'une volonté contraire, le testateur étant libre de modifier le legs comme il l'entend (2).

55. Le code a prévu un cas d'application qui pouvait donner lieu à un doute. Aux termes de l'article 620, « l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. » Je lègue l'usufruit de mes biens à Pierre jusqu'à ce que ses enfants aient atteint leur majorité ; les enfants meurent avant d'être majeurs : que deviendra l'usufruit? C'est une question d'intention ; il faut voir ce que le testateur a voulu. Le legs peut être interprété de deux manières différentes. Les auteurs du code ont consacré

(1) Proudhon, t. Ier, p. 408, n° 331.
(2) Proudhon, t. IV, p. 423, nos 2033-2037.

l'interprétation admise par Justinien ; nous doutons fort que ce soit la bonne. Dans l'exemple que nous venons de donner, et que l'on donne d'habitude, il est plus que probable que le testateur a légué l'usufruit au père pour le mettre à même d'élever ses enfants jusqu'à ce qu'ils aient atteint leur majorité; donc l'usufruit est accordé en vue des enfants, et doit par conséquent s'éteindre à leur mort, de même qu'une rente viagère, constituée sur la tête d'un tiers, s'éteint à la mort du tiers (art. 1971). C'est bien là le sens naturel du legs. Dans le système du code, on dit que l'âge des enfants est un terme, et que par conséquent l'usufruit doit durer jusqu'à ce que le terme soit expiré (1). Si telle est la volonté du testateur, il faut avouer qu'il s'y est pris d'une étrange façon pour l'exprimer. Quoi ! je veux léguer l'usufruit pour dix ans, et au lieu de dire simplement : Je lègue l'usufruit pour dix ans à Pierre, je dis : Je lègue l'usufruit à Pierre jusqu'à ce que Paul ait atteint sa majorité! Nous ne savons si les Romains disposaient ainsi ; il est certain qu'une pareille idée ne viendrait pas à un testateur qui désire exprimer clairement ce qu'il veut. Il va sans dire que l'article 620 n'est qu'une interprétation du legs, et que le testateur peut manifester une volonté contraire à celle que le législateur lui suppose (2).

56. L'usufruitier meurt avant l'expiration du terme. Est-ce que l'usufruit continuera jusqu'à ce que le terme soit expiré? La négative est admise par tous les auteurs, sauf le dissentiment de Demante. D'après lui, ce serait une question d'intention. C'est ce que l'on conteste, dans l'opinion générale. Il s'agit avant tout de savoir si le disposant a le droit d'avoir l'intention qu'on lui suppose. Or, nous avons vu que l'usufruit est un droit essentiellement viager ; il ne peut pas dépasser la vie de l'usufruitier, quand même le constituant le voudrait. Donc, quand il fixe un terme à l'usufruit, sa pensée ne peut être de prolonger la durée de la jouissance au delà de la vie de l'usufruitier; elle ne peut être que d'abréger la durée ordinaire de l'usu-

(1) Proudhon, t. Ier, p. 532, no 420. L. 12, C., *de usufr.* (III, 33).
(2) Demante, t. II, p. 553, no 469 *bis*. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 148, no 224.

fruit. Et quand même il manifesterait expressément la volonté contraire, l'usufruit s'éteindrait néanmoins par la mort de l'usufruitier, puisque c'est là le terme qu'il ne peut dépasser (1).

N° 3. LA CONSOLIDATION.

57. L'article 617 définit la consolidation, « la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. » Quand une seule personne a la propriété d'une chose et la jouissance, il ne peut plus être question d'usufruit; en effet l'usufruit est le droit de jouir d'une chose dont un autre a la propriété; lorsque celui qui jouit est aussi propriétaire, il n'y a plus de démembrement de la propriété, donc plus d'usufruit distinct de la propriété. C'est ce que l'on exprime, dans le langage de l'école, par cet adage : *res sua nemini servit*. Le propriétaire jouit en vertu de son droit de domaine et non à titre de servitude. Cela est élémentaire. Toutefois la définition de la consolidation donnée par le code civil a été vivement critiquée par Marcadé (2). Il nous faut dire un mot de ce débat, ne fût-ce que pour prémunir nos jeunes lecteurs contre la légèreté extrême que cet auteur met dans ses appréciations.

Il est certain que dans le langage romain, ainsi que dans l'ancien droit, on entendait par *consolidation* la confusion de la propriété et de la jouissance qui se faisait quand l'usufruitier devenait propriétaire de la chose soumise à son droit. C'est là le sens littéral du mot : l'usufruitier acquiert la nue propriété par achat, donation ou succession ; en ce cas sa jouissance se *consolide*, puisque de temporaire qu'elle était, à titre de servitude, elle va devenir perpétuelle, à titre de propriété. Mais il est tout aussi certain que le code donne un sens plus large au mot *consolidation*, en l'appliquant au cas où le nu propriétaire

(1) Voyez les autorités dans Demolombe, t. X, p. 625, n° 680, et dans Aubry et Rau, t. II, p. 625, n° 680. En sens contraire, Demante, t. II, p. 544, n° 460 *bis* III.

(2) Marcadé, t. II, p. 511, article 617, n° V. Comparez Demolombe, t. X, p. 629, n° 683.

acquiert l'usufruit. Que le terme de *consolidation* ne convienne pas à ce mode de confusion, cela est encore vrai, mais peu importe si au fond l'idée est juste. Marcadé prétend que les auteurs du code Napoléon se sont trompés; il veut que l'on efface de l'article 617 la définition qu'il donne de la consolidation : rien n'est plus illogique, dit-il, plus mal compris, plus faux. S'il y a consolidation quand le nu propriétaire acquiert la jouissance, ou quand la jouissance se réunit à la nue propriété, il faut dire que la mort opère consolidation, ainsi que l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été constitué, de même que le non-usage et l'usucapion, puisque tous les modes d'extinction de l'usufruit, à l'exception de la perte de la chose, ont pour effet de réunir la jouissance à la nue propriété ; il y aura consolidation dans tous ces cas, et par conséquent la consolidation absorbera tous les modes d'extinction de l'usufruit. A cette critique on répond qu'il faut supposer que le législateur a quelque bon sens; et que s'il distingue divers cas dans lesquels l'usufruit prend fin, il n'a pas pu les confondre tous dans un seul, la consolidation. Donc, quand il admet la consolidation, il faut qu'il ait eu en vue des cas qui ne sont pas compris dans les causes générales d'extinction de l'usufruit. Il y en a un qui est évident. Les créanciers de l'usufruitier saisissent l'usufruit, il est vendu, le nu propriétaire se porte adjudicataire : voilà une confusion de la jouissance et de la propriété qui ne rentre dans aucun des cas d'extinction prévus par le code civil. Eh bien, s'il en est ainsi de la vente forcée, pourquoi n'en serait-il pas de même du transport volontaire de la jouissance fait par l'usufruitier au nu propriétaire? Il lui vend son usufruit, il lui en fait donation. D'après la définition de l'article 617, il y a consolidation. Non, dit-on, c'est une renonciation (1). Nous répondons que l'on n'a jamais dit du vendeur qu'il renonce à la propriété de la chose qu'il vend, alors qu'il fait au contraire acte de propriété et qu'il touche le prix de la chose. Autre chose est la renonciation, autre chose est la vente, et l'on ne doit pas confondre non

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 734.

plus, comme nous le dirons plus loin, la renonciation avec la donation. Ici la théorie de Marcadé, si on l'applique logiquement, conduit à des erreurs juridiques (1). Soyons donc plus sobres d'accusations, et n'imputons pas trop légèrement au législateur des non-sens ou des niaiseries.

58. Laissons là la critique et insistons sur le caractère qui distingue la consolidation des autres modes par lesquels l'usufruit prend fin. Les jurisconsultes romains l'appellent confusion (2). Ce terme est caractéristique. Nous dirons, au titre des *Obligations*, que la confusion n'éteint pas définitivement les obligations; elle met seulement le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit, puisqu'il devrait agir contre lui-même. La confusion n'a donc d'effet qu'à raison de l'impossibilité d'agir et dans les limites de cette impossibilité. Il en est de même de la consolidation. La mort de l'usufruitier éteint l'usufruit d'une manière absolue, ainsi que l'expiration du temps pour lequel il a été constitué, ou la perte totale de la chose, ou le non-usage et la renonciation. Tandis que, en cas de consolidation, il y a seulement impossibilité d'exercer l'usufruit, le nu propriétaire étant en même temps usufruitier, et personne ne pouvant avoir de servitude sur sa propre chose. L'usufruitier devient héritier du propriétaire; il n'y a pas là de raison juridique pour qu'il perde son usufruit, mais il est dans l'impossibilité de l'exercer. De même, si le nu propriétaire achète l'usufruit, comme acheteur il devrait avoir le droit d'exercer l'usufruit, mais comme propriétaire il ne le peut pas. Il y a là un obstacle à l'exercice du droit plutôt qu'une extinction du droit. De là résultent des conséquences importantes (3).

Si la confusion n'est que partielle, si l'usufruitier ne succède au nu propriétaire que pour un tiers, l'usufruit ne s'éteindra que pour un tiers. Si l'usufruit était grevé d'hypothèques, les créanciers hypothécaires conserveraient leur droit, parce que l'usufruit n'est éteint qu'à raison de

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 514, note 26.
(2) L. 4, D., *usufr. quemadm. caveat.* (VII, 9).
(3) Demolombe, t. X, p. 634, n°s 684-686. Aubry et Rau, t. II, p. 515 et notes 27 et 29. Proudhon, t. IV, p. 458, n°s 2071-2074.

l'impossibilité où se trouve l'usufruitier de l'exercer. Cette impossibilité est étrangère aux créanciers, donc elle n'a pas d'effet à leur égard, et par suite leur droit subsiste. Lorsque la confusion cesse, les effets cessent également, c'est-à-dire que l'usufruitier exercera son droit sans que l'on puisse même dire qu'il revit; l'usufruitier reprend l'exercice de son droit quand l'obstacle qui l'empêchait de l'exercer disparaît. La chose est de toute évidence lorsque la confusion cesse par une cause qui rétroagit; ainsi quand la propriété acquise par l'usufruitier est résolue, annulée, de manière qu'il est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire, il n'y a jamais eu de confusion, partant l'usufruit n'a jamais été éteint. En supposant même que la cause qui fait cesser le droit de propriété de l'usufruitier ne rétroagisse pas, l'usufruitier n'en reprend pas moins l'exercice de son droit, L'article 2177 le décide ainsi en cas d'expropriation sur la poursuite d'un créancier hypothécaire. Il n'y a pas de rétroactivité dans ce cas, puisque l'adjudication n'est qu'une vente. Mais la confusion cessant, l'impossibilité d'exercer l'usufruit cesse, et par suite l'usufruitier peut exercer son droit comme s'il n'avait jamais été éteint et, en réalité, il n'y a pas eu d'extinction (1).

59. On demande si la caution reste tenue lorsque la consolidation cesse. Quand elle cesse en vertu d'une cause qui rétroagit, il n'y a pas de doute; la confusion est censée n'avoir jamais eu lieu, et par conséquent il n'y a jamais eu d'extinction de l'usufruit; la caution n'a donc jamais été libérée. Mais si la cause qui met fin à la confusion n'agit pas sur le passé, il y a quelque doute. On peut dire que d'après l'article 617 l'usufruit est éteint par la consolidation; que par suite la caution est libérée et que son obligation ne peut pas revivre. Le raisonnement serait juste si l'extinction par consolidation était définitive; mais elle l'est si peu, que l'usufruit subsiste en réalité, donc le cautionnement aussi subsiste; il n'est donc pas besoin que

(1) C'est la doctrine de Pothier, *Du douaire*, n° 254. Comparez Duranton, t. IV, p. 642, nos 667 et 670. Demolombe, t. X, p. 634, n° 685.

la loi le fasse revivre, il n'a jamais été éteint. Proudhon enseigne que dans tous les cas, dès qu'il y a consolidation, le cautionnement est éteint, et il est de principe qu'un droit éteint ne peut revivre qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi (1). Cet adage n'est applicable que dans les cas où une obligation est définitivement éteinte ; or, peut-on dire que le cautionnement est éteint alors qu'il y a consolidation? L'usufruit n'est pas éteint, donc le cautionnement subsiste ; l'impossibilité où se trouve l'usufruitier ne regarde pas la caution, son engagement subsiste donc ; il ne faut pas dire qu'il revit quand la consolidation cesse, il faut dire qu'il n'a jamais été éteint.

N° 4. LE NON-USAGE.

60. « L'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans » (art. 617). Quel est le fondement juridique de ce mode d'extinction? Le non-usage pendant trente ans n'est autre chose que la prescription extinctive de l'article 2262, aux termes duquel toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans. Le code applique cette prescription aux droits réels qui sont un démembrement de la propriété, en ce sens que, si ces droits ne sont pas exercés pendant le délai de trente ans, ils sont éteints. Ainsi l'article 706 dit que la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans. Il n'en est pas de même de la propriété. A la vérité, l'action réelle naissant de la propriété, la revendication doit être intentée dans les trente ans, comme toute action ; mais l'extinction d'un droit par le non-usage est autre chose que la prescription de l'action réelle ou personnelle que la loi accorde pour la conservation du droit. La revendication suppose que le fonds revendiqué est possédé par un tiers ; ce tiers possesseur acquiert la propriété par le laps de trente ans, si le propriétaire ne revendique pas la chose contre lui. Mais si le fonds n'est pas possédé par un tiers, le propriétaire ne perd pas son droit de propriété par cela seul qu'il

(1) Proudhon, t. IV, p. 469, nos 2083-2088.

ne l'exerce pas pendant trente ans; il peut rester cinquante ans et cent ans sans faire un acte de possession, et il conserve néanmoins son droit. Tandis que celui qui a un droit réel le perd pour ne l'avoir pas exercé pendant trente ans. On demande quelle est la raison de cette différence.

Les auteurs ne s'accordent pas dans leurs réponses. Proudhon dit que, dans le cas où il s'agit d'un usufruit, le propriétaire a aussi la possession du fonds, et que, le possédant pendant trente ans, libre de servitude, il a acquis par la prescription l'affranchissement de sa propriété (1). La raison n'est pas concluante. Il est vrai que le propriétaire possède, mais l'usufruitier possède également, en ce sens que nous supposons qu'il a commencé par posséder : pourquoi faut-il que lui continue à faire des actes de possession pour conserver son droit, tandis que le propriétaire conserve le sien sans qu'il soit tenu de faire quoi que ce soit? Demolombe applique par analogie aux droits réels ce que le code dit des droits d'obligation. Quand le créancier n'agit pas contre son débiteur pendant trente ans, celui-ci est libéré; or, la chose grevée de servitude est réellement débitrice de la charge qui pèse sur elle; lors donc que l'usufruitier, créancier de ce droit, n'agit pas contre le fonds débiteur, celui-ci est libéré après trente ans (2). Cette explication, qui est aussi celle de Marcadé, est loin d'être satisfaisante. Elle confond les droits réels avec les droits de créance; dans les droits réels il ne peut pas être question de débiteur ni de créancier, il n'y a de rapport qu'entre le maître et la chose, le maître exerce directement son droit dans le fonds qui lui appartient, soit à titre d'usufruit, soit à titre de servitude, il n'exerce pas son droit par voie d'action, on n'agit pas contre une chose. C'est donc se payer de mots que de transporter aux droits réels des expressions et des idées qui n'ont pas de sens là où il n'y a pas de lien d'obligation. Ducaurroy et ses savants collaborateurs disent que les droits réels, simples

(1) Proudhon, t. IV, p. 492, n° 2106.
(2) Demolombe, t. X, p. 638, n° 689. Marcadé, t. II, p. 514, art. 617, n° VII.

démembrements de la propriété, n'étant aux yeux du législateur que des dérogations au droit commun, ne se conservent que par l'exercice du droit (1). Cela n'est pas encore très-clair; pourquoi ne pas appliquer le même principe à tous les droits réels? La propriété est aussi un droit réel; pourquoi ce droit réel est-il régi par un autre principe que les servitudes et l'usufruit? Nous ne demandons pas pourquoi la propriété ne s'éteint pas par le non-usage : cela est très-juridique. Mais si cela est vrai pour un droit réel, pourquoi cela n'est-il pas vrai pour tous? On dit que ce sont des dérogations au droit commun, c'est-à-dire des exceptions; soit. Nous demandons la raison pour laquelle ces droits exceptionnels ne sont pas régis par le même principe que le droit commun? C'est que la loi favorise le retour au droit commun. En d'autres termes, autant la propriété est favorable, autant les charges ou les droits qui la gênent sont vus avec défaveur; voilà pourquoi la loi favorise leur extinction. Elle les admet pour cause d'utilité, mais ils ne sont utiles qu'à condition qu'on les exerce, si on ne les exerce pas, ils n'ont plus de raison d'être; par suite la loi les déclare éteints. Cela est vrai surtout de l'usufruit, le plus considérable de ces démembrements de la propriété, mais aussi le plus gênant (2).

Nous demandons pardon au lecteur d'avoir tant insisté sur le motif d'un principe très-élémentaire. C'est qu'il importe que les notions de droit, et précisément celles qui sont élémentaires, soient d'une clarté évidente; et il faut surtout ne pas répondre par des mots alors qu'on demande des raisons.

61. L'usufruit s'éteint donc par cela seul que l'usufruitier ne jouit pas pendant trente ans. Il n'est pas requis que pendant ce délai un tiers se soit emparé de la jouissance que l'usufruitier a négligé d'exercer, la simple inaction suffit pour que l'usufruit soit éteint. L'usufruit peut s'éteindre aussi, comme nous le dirons plus loin, par la prescription acquisitive, mais dans ce cas les conditions sont toutes

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 150, nº 226.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 735.

différentes; il suffit parfois de la possession d'un instant pour que la prescription acquisitive soit accomplie. Telle est, dans l'opinion commune, la prescription qui s'accomplit par l'effet de la possession des meubles : l'usufruitier perd son droit sur les meubles dès qu'un tiers les possède, parce que, en fait de meubles, possession vaut titre (article 2279). Mais si les meubles ne sont pas possédés par un tiers, l'usufruit mobilier est régi par le même principe que l'usufruit immobilier; il faudra un non-usage de trente ans pour l'éteindre. Le non-usage est donc une prescription extinctive; de là suit qu'il faut appliquer au non-usage les principes qui régissent la suspension de la prescription. Elle ne court pas contre les mineurs et les interdits. Il y a encore une autre cause de suspension particulière à la femme; ses immeubles dotaux sont imprescriptibles, il en serait de même de l'usufruit d'un fonds dotal; la femme ne peut pas plus perdre l'usufruit que la propriété d'un fonds constitué en dot (1).

62. La condition essentielle pour qu'il y ait non-usage, est que l'usufruitier n'ait pas usé de son droit, c'est-à-dire ne l'ait pas exercé. Exercer le droit d'usufruit, c'est jouir, puisque l'usufruit n'est autre chose que la jouissance. L'usufruitier peut jouir par lui-même ou céder son droit. Il n'est pas requis que l'usufruitier jouisse en personne, il jouit aussi en donnant à bail. Il va sans dire qu'il jouit s'il fait administrer ses biens par un mandataire ; et comme la gestion d'affaires équivaut au mandat, l'usufruitier jouira si, en son absence, un ami possède pour lui et en son nom. Quand l'usufruitier vend son droit ou en fait donation, il en jouit, puisque, aux termes de l'article 595, l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. Tous ces actes sont des actes de jouissance, et par conséquent conservent le droit de l'usufruitier (2).

Quand l'usufruitier vend son droit, faut-il, pour qu'il y

(1) Demolombe, t. X, p. 646, n° 699. Proudhon, t. IV, p. 493, n° 2107. Duranton, t. IV, p. 646, n°s 671, 672.

(2) Proudhon, t. IV, p. 494, n° 2109. Genty, *De l'usufruit*, p. 223, n°s 276 et 277

ait usage, que l'acheteur l'exerce, ou suffit-il que l'usufruitier jouisse du prix? Même question quand l'usufruitier donne la chose à bail. En droit romain, on décidait que l'usufruit était conservé par cela seul que l'usufruitier jouissait du prix ou du fermage, alors même que l'acheteur ou le fermier ne jouissait pas. Pothier enseigne la même doctrine et Proudhon l'a reproduite sous l'empire du code civil; la plupart des auteurs la rejettent. Nous nous rangeons de l'avis de Pothier et des jurisconsultes romains. L'article 595 décide la question, nous semble-t-il; il admet que l'usufruitier peut jouir de deux manières : par lui-même, ou donner à ferme à un autre, ou vendre ou donner son droit. Donner à ferme est donc jouir tout aussi bien que quand on jouit soi-même; qu'importe après cela ce que le fermier fait ou ne fait pas? Les fermages qu'il paye sont pour l'usufruitier un fruit civil qu'il perçoit, donc il jouit. Il y a même raison de décider en cas de vente (1).

63. L'usufruitier doit jouir pour conserver son droit. Faut-il qu'il perçoive tous les fruits? Non, certes; le code même suppose qu'il peut ne pas recueillir des fruits qu'il avait le droit de percevoir; tout ce qui en résultera, c'est qu'il n'aura pas droit à une indemnité de ce chef (art. 590); mais en percevant certains fruits il a usé de son droit; donc il n'y a pas non-usage. Il en serait de même si l'usufruitier ne jouissait que d'une partie des biens grevés d'usufruit; il faut un non-usage complet, absolu, pour qu'il y ait extinction du droit. Toutefois si l'usufruit portait sur plusieurs fonds distincts, et si l'usufruitier ne jouissait que de l'un de ces fonds, il y aurait une extinction partielle, parce qu'il y a dans ce cas autant de droits distincts qu'il y a de fonds (2).

Pothier agite une singulière question. L'usufruitier se sert de la chose dont il a la jouissance pour des usages

(1) LL. 38 et 39, D., *de usufr.* (VII, 1). Pothier, *Du douaire*, n° 251. Proudhon, t. IV, p. 494, n° 2110. En sens contraire, Bugnet sur Pothier, t. VI, p. 423, note 3. Demolombe, t. X, p. 641, n° 695. Marcadé, t. II, p. 513, art. 617, n° VII. Gary, p. 224, n° 278. Aubry et Rau, t. II, p. 510, note 11.
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 511 et notes 12 et 14, et les autorités qui y sont citées.

auxquels elle n'est pas destinée; il perdra son usufruit comme s'il ne s'en était pas servi du tout. En effet, dit Pothier, le droit d'usufruit qu'il a de cette chose étant le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est destinée, on doit dire qu'il n'use pas de son droit d'usufruit lorsqu'il s'en sert pour d'autres usages, donc il perdra son droit par le non-usage (1). Nous nous étonnons que Pothier, qui n'aime pas les subtilités romaines, ait embrassé cette opinion sur la foi de textes où elle n'est pas même écrite en termes formels. Peut-on dire de celui qui jouit qu'il ne jouit pas? S'il ne jouit pas comme il devait jouir, il y aura jouissance abusive, mais il n'y aura pas non-usage; or, autre chose est l'abus de jouissance, et autre chose est le défaut de jouissance. L'usufruitier qui abuse affirme son droit et veut le maintenir, tandis que celui qui n'use pas, semble reconnaître qu'il n'a pas de droit ou il l'abdique.

64. Pour que l'usufruit soit éteint, il faut que le non-usage ait duré trente ans. Ce délai commence à courir à partir du dernier acte de possession que l'usufruitier a fait. L'application du principe à l'usufruit des bois donne lieu à une difficulté. Une coupe de taillis se fait tous les vingt-cinq ans; l'usufruitier attend trente ans pour la faire: la prescription se sera-t-elle accomplie? La raison de douter est que sur ces trente ans il y en a vingt-cinq pendant lesquels l'usufruitier ne pouvait pas faire de coupes; on serait tenté d'en conclure que le non-usage n'a duré réellement que cinq ans. A cela Proudhon répond, et la réponse est péremptoire, que l'on peut faire d'autres actes de possession dans un bois que des coupes; l'usufruitier pouvait, il devait même y avoir un garde, il pouvait y recueillir les produits annuels que les arbres fournissent (art. 593); s'il n'a fait aucun de ces actes de possession, il y a réellement non-usage (2).

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 249. En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 644, n° 696.
(2) Proudhon, t IV, p. 506, n° 2121.

N° 5. PERTE DE LA CHOSE.

65. « L'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi. » Quand y a-t-il perte totale de la chose? La question est controversée; le désaccord remonte à Pothier et à Domat; il faut les entendre, pour décider quelle est la doctrine consacrée par le code civil. Lorsque la perte est totale, dans le sens matériel du mot, il n'y a aucun doute; si un pré voisin d'une rivière est emporté par le cours des eaux, il est évident que l'usufruit est éteint, puisqu'il ne peut pas y avoir de droit réel sans une chose dans laquelle il s'exerce. Mais que doit-on décider lorsque la chose grevée d'usufruit a changé de forme? Les jurisconsultes romains décidaient que la forme, en matière d'usufruit, constituant la substance de la chose, il y avait perte de la chose quand la forme était détruite. Une maison grevée d'usufruit est brûlée; l'usufruit est éteint, bien qu'il reste le sol et les matériaux, parce que l'usufruitier avait la jouissance d'une maison, et non celle d'un sol nu et de matières à bâtir; la chose ayant péri, l'usufruit est éteint. Pothier critique la décision des jurisconsultes romains. Dans notre droit français, dit-il, on ne s'attache pas à ces subtilités; lorsque la chose grevée d'usufruit a changé de forme et a été convertie en une autre chose, l'usufruit n'est pas éteint, il subsiste sur la chose dans sa nouvelle forme. Il applique ce principe à la maison qui serait détruite par le feu du ciel; l'usufruitier jouira de la place et pourra la louer (1). Domat, au contraire, décide que l'usufruit d'une maison qui est détruite par un incendie finit tellement, que l'usufruitier n'a plus d'usufruit sur la place qui reste (2). Le code a-t-il suivi la doctrine de Pothier ou celle de Domat?

Sur la question spéciale de l'usufruit d'une maison, il n'y a aucun doute; l'article 624 consacre formellement l'opinion de Domat. « Si, dit-il, l'usufruit n'est établi que

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 255.
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XI, sect. VI, art. 7.

sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. » L'article 624 ne contient-il qu'une décision isolée? ou est-il l'application des principes enseignés par les jurisconsultes romains et reproduits par Domat? La question est très-controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident. On ne peut pas séparer l'article 624 de l'article 617. Cette dernière disposition énumère les diverses causes qui mettent fin à l'usufruit : c'est une énonciation de principes. Viennent après cela des articles qui expliquent quelques-unes des causes d'extinction. Ainsi les articles 619 et 620 sont relatifs aux deux premiers cas prévus par l'article 617. De même l'article 624 explique la dernière cause en l'appliquant à l'hypothèse la plus usuelle. D'après l'article 617, la perte doit être totale pour que l'usufruit soit éteint. L'article 624 nous dit ce que le législateur entend par perte totale. Quand on met ces dispositions en rapport avec la tradition, il ne reste aucun doute. Les auteurs du code se trouvaient en présence de deux systèmes contraires professés par les deux auteurs qui sont la source principale à laquelle ils ont puisé les principes de la législation nouvelle : Pothier étant en désaccord avec Domat, il fallait choisir. Eh bien, l'article 624 prouve qu'ils ont fait leur choix ; ils ont donné la préférence à l'opinion de Domat (1). Cette interprétation est si naturelle, qu'on la peut dire évidente. Elle s'appuie de plus sur les travaux préparatoires ; nous la trouvons en toutes lettres dans le discours de Gary, l'orateur du Tribunat. Après avoir dit que l'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose, il ajoute : « On ne peut pas conserver de droit sur une chose qui n'existe plus ; le projet de loi explique d'ailleurs par des exemples, aux articles 623 et 624, les caractères auxquels on doit reconnaître que la chose est totalement perdue (2). » Cela répond d'une manière péremptoire à l'argument de texte

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 155, n°s 232 et 233. Aubry et Rau, t. II, p. 511 et note 16.
(2) Gary, Discours, n° 24, 5° (Locré, t. IV, p. 141)

que l'on invoque pour l'opinion contraire. L'article 617, dit Marcadé, a mis fin aux subtilités romaines, en exigeant que la *perte* soit totale pour que l'usufruit soit éteint; qui dit *perte totale*, dit perte matérielle, absolue, et non pas un simple changement de forme (1). Oui, tel serait le sens de l'article 617, s'il était isolé, sans tradition et sans application. Mais en l'isolant, on méconnaît les règles les plus élémentaires de l'interprétation des lois; on ne peut pas séparer l'article 617 de l'article 624, et on ne peut pas davantage le séparer de la tradition à laquelle il se rattache.

Autre est la question de savoir si les auteurs du code ont bien fait en donnant la préférence à Domat sur Pothier. Au point de vue de la théorie, la doctrine romaine est la vraie; elle découle logiquement de l'essence même de l'usufruit. C'est un droit réel; mais il y a une grande différence entre ce droit et celui de propriété. La propriété est un droit absolu, qui donne au maître un pouvoir illimité sur la chose; si elle vient à périr, les derniers débris appartiennent au propriétaire. Il n'en est pas de même de l'usufruit; ici, la forme joue un grand rôle, car, en droit, la forme c'est la substance de la chose, et l'usufruitier doit conserver la substance; c'est dire que son droit est attaché à la forme et qu'il périt avec elle. Ajoutez que l'usufruit n'est pas vu avec faveur, donc l'extinction de l'usufruit est favorable, parce que c'est le retour à la propriété que le législateur favorise particulièrement, comme étant la base de l'ordre civil et social (2).

La doctrine du code est donc la doctrine juridique. Malgré cela, nous donnerions la préférence à celle de Pothier, parce qu'elle est plus équitable. Si l'usufruit était une création de la loi, on comprendrait la rigueur romaine; on pourrait ne pas tenir compte de la volonté des parties intéressées. Mais quel est l'usufruit le plus fréquent? C'est l'usufruit légué ou donné par contrat de mariage. Eh bien, nous le demandons; le conjoint qui veut

(1) Marcadé, t. II, p. 516, article 617, n° IX.
(2) Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 70, p. 758 et suiv.

assurer à son conjoint tout ce qu'il peut lui donner en jouissance, entend-il priver le donataire de l'usage du fonds si la maison dont il lui donne l'usufruit vient à périr? Non, certes. Donc Pothier a raison. Car c'est la volonté du constituant qu'il faut considérer avant tout. Cela est si vrai que si le testateur ou le donateur avait clairement manifesté son intention, il faudrait la suivre, car il lui est permis de déroger à l'article 624, comme à toutes les dispositions qui ne tiennent pas à l'ordre public.

66. Nous avons longuement insisté sur une question qui est presque de pure théorie; elle a très-peu d'importance pratique. Dans l'application, la doctrine romaine, telle qu'elle a été interprétée par Domat, n'est pas aussi absolue qu'on pourrait le croire. Les jurisconsultes romains étaient entraînés, comme malgré eux, par la logique à laquelle ils obéissent d'habitude. Ils décidaient donc que si un étang est mis à sec, si une terre labourable devient un marais, l'usufruit est éteint. Domat n'admet pas de solution absolue en cette matière (1). « S'il arrive quelque changement de la chose sujette à un usufruit, dit Domat, comme si un étang est mis à sec, si une terre labourable devient un marais, si d'un bois on fait des prés ou des terres labourables, dans tous ces cas, ou autres semblables, l'usufruit ou finit ou ne finit pas, selon la qualité du titre de l'usufruit, l'intention de ceux qui l'ont établi et les autres circonstances. » On voit que la question devient une question de fait. Dès lors il est inutile de s'arrêter sur les espèces comme le font les auteurs, puisque la décision varie d'un cas à l'autre. Ce débat est encore inutile sous un autre rapport, c'est que les applications sont si rares que nous ne trouvons pas un arrêt sur la matière. Cela se comprend. Le plus souvent l'usufruit est universel; l'usufruit légal l'est toujours; et l'usufruit légué par testament ou donné par contrat de mariage l'est d'ordinaire. Or, dès que l'usufruit est universel, dit Domat, on n'a plus égard au changement de forme; l'usufruitier,

(1) Comparez Demolombe, t. X, p. 659, nos 708 et 709. Genty, p. 231-235.

même en cas de perte, jouit de ce qui reste; à plus forte raison, si la forme est changée.

67. Pour que l'usufruit soit éteint, il faut que la perte soit totale. Aux termes de l'article 623, « si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste. » Au premier abord, il paraît y avoir contradiction entre cette disposition et celle de l'article 624 : si le bâtiment grevé d'usufruit est détruit par un accident quelconque, l'usufruitier n'a pas le droit de jouir, ni des matériaux ni du sol. Ne pourrait-on pas dire que dans ce cas une partie seulement de la chose est détruite, puisqu'il reste le sol ainsi que les matériaux? Non; d'après la doctrine romaine, la destruction de la forme implique la destruction de la substance, et par suite l'usufruit est éteint; or, l'extinction de l'usufruit sur la chose principale doit entraîner l'extinction totale de l'usufruit, même sur les accessoires qui resteraient, toujours par application du principe que le code a consacré; l'usufruit ayant été établi sur une maison, ne peut plus subsister sur des matériaux. Mais si la chose n'a péri qu'en partie, l'usufruit n'est pas éteint, il subsiste donc sur ce qui reste et sur les accessoires de la chose. Une aile de la maison est détruite, une partie d'un champ est emportée par les eaux; l'usufruit subsistera sur ce qui reste, car ce qui reste est encore un champ ou une maison; la substance de la chose subsistant, quoique diminuée par un cas fortuit, il n'y a pas de raison pour déclarer l'usufruit éteint; et les accessoires suivent naturellement la condition du principal (1).

68. L'article 624 applique ce principe au cas où l'usufruit porte sur une universalité. Si l'usufruit est établi sur un domaine et qu'un bâtiment faisant partie du domaine vienne à être détruit, l'usufruit subsiste sur le domaine, car un domaine ne périt pas. L'usufruitier, dit la loi, jouira en ce cas du sol et des matériaux. Pourquoi? Parce que ces choses sont comprises dans l'usufruit, au moins comme accessoires, et l'usufruit subsistant sur le principal, il

(1) Demolombe, t. X, p. 651, n°s 703 et 703 *bis*.

subsiste par cela même sur les accessoires. Que faut-il entendre par *domaine*, dans l'article 624? Il faut appliquer la loi dans tous les cas où l'usufruit grève un fonds considéré comme une universalité de fait, de sorte que, dans l'intention du constituant, l'usufruit porte sur les terres et sur le bâtiment, la maison et ses dépendances ne faisant qu'un tout. C'est la décision des lois romaines. Elles le décidaient ainsi alors même que les dépendances, telles qu'un jardin, un enclos, un parc, auraient été destinées aux commodités et agréments de l'habitation. Le code sanctionne implicitement cette application de la doctrine romaine; en effet, la décision rigoureuse qu'il porte dans le premier alinéa de l'article 624 est conçue dans des termes très-restrictifs : « Si l'usufruit *n'est* établi *que* sur un bâtiment. » Donc quand il est établi sur un fonds où se trouve un bâtiment, nous ne sommes plus dans l'espèce prévue par le premier alinéa; c'est dire qu'il faut appliquer le deuxième (1).

Nous avons supposé une universalité de fait. A plus forte raison en est-il ainsi quand l'usufruit porte sur une universalité de droit. Les père et mère sont usufruitiers universels. Qu'importe que l'une ou l'autre chose comprise dans leur jouissance vienne à périr, ce qui reste n'en est pas moins grevé de l'usufruit que la loi leur accorde sur tous les biens de leurs enfants, une universalité de droit ne périssant pas. C'était la doctrine de Domat, et elle est implicitement consacrée par les articles 617 et 624, dont l'un déclare l'usufruit éteint seulement quand la perte est *totale*, et dont l'autre maintient l'usufruit sur tout le domaine après la destruction du bâtiment (2).

69. Faut-il appliquer les mêmes principes à l'usufruit qui porte sur un troupeau? Les jurisconsultes romains décident que l'usufruit est éteint si le nombre de bêtes qui le composent se trouve tellement réduit, que l'on ne peut plus considérer ce qui en reste comme formant un troupeau. Cela est très-logique; l'usufruit établi sur un trou-

(1) Proudhon, t. V, p. 341, n° 2546.
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 513 et note 22, et les autorités qui y sont citées.

peau ne grève pas les têtes individuelles qui le composent, il a pour objet une universalité; il s'éteint donc avec cette universalité; or, peut-on dire qu'une tête forme un troupeau? Non, certes. Sur ce point, les auteurs du code se sont écartés de la tradition romaine. L'article 616 porte : « Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt *entièrement* par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur. Si le troupeau ne périt *pas entièrement*, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri. » Il résulte de ce texte que le troupeau n'est censé péri *entièrement* que lorsqu'il n'en reste pas une seule tête. Pourquoi le législateur a-t-il abandonné, en ce point, la doctrine romaine, alors qu'il la suit en règle générale? Il est difficile de répondre. On dit que la décision du droit romain est quelque peu subtile (1); cela est vrai, mais le principe que le code a maintenu dans l'article 624 l'est aussi. Il y a réellement incohérence dans la loi : l'article 616 exige, pour qu'il y ait perte totale, qu'il ne reste absolument rien du troupeau, tandis que, dans l'article 624, il y a perte totale, bien que le fonds reste.

Quand l'usufruit est éteint par la perte du troupeau, que doit restituer l'usufruitier? Les cuirs ou leur valeur, dit l'article 616. C'est tout ce qui reste du troupeau, et l'usufruitier doit rendre la chose au propriétaire ou ce qui en reste, en cas de perte arrivée sans sa faute. S'il y avait faute, ce serait un cas de responsabilité, conformément aux principes généraux.

Lorsque l'usufruit est établi, non sur un troupeau, mais sur des têtes déterminées, par conséquent à titre singulier, l'usufruit s'éteint par la perte de l'animal; il y a alors autant d'usufruits que de têtes, et chaque usufruit s'éteint par la perte de l'animal qui en est l'objet. L'article 615 ne dit pas que l'usufruitier doit, en ce cas, restituer le cuir ou sa valeur; mais cela est de droit; l'usufruitier n'a aucun droit sur les peaux des bêtes qui périssent, c'est la chose

(1) Demolombe, t. X, p. 283, n° 316.

du propriétaire qui périt, c'est donc à lui qu'appartient tout ce qui en reste (1).

70. On demande si l'usufruit revit quand la chose détruite est rétablie dans son état primitif? Une maison est détruite; elle est rebâtie par le propriétaire ou par l'usufruitier : l'usufruit revivra-t-il? « Les jurisconsultes romains, dit Pothier, avaient poussé la subtilité si loin, que dans le cas auquel la maison aurait été rebâtie, ils décidaient que l'usufruitier de la maison brûlée n'était pas fondé à prétendre l'usufruit de la maison rebâtie, parce qu'elle n'était pas la même maison que celle dont il avait eu l'usufruit. » Dans notre droit français, continue Pothier, on ne s'attache pas à ces subtilités; il décide en conséquence que si le propriétaire rebâtit la maison, l'usufruitier aura la jouissance de la maison nouvelle (2). Quand on admet avec Pothier que la destruction du bâtiment n'éteint pas l'usufruit, il est très-logique d'admettre que l'usufruit revit si la maison est rebâtie; pour mieux dire, l'usufruit subsiste, il n'a jamais été éteint, il ne peut donc pas revivre. Mais le code rejette cette doctrine; l'article 624 déclare l'usufruit éteint, tellement que l'usufruitier n'a le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. Il s'agit donc de savoir si un droit éteint peut revivre. Pour qu'il revive, il faut une disposition de la loi, comme il y en a une en matière de servitude. Les servitudes cessent, dit l'article 703, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; elles *revivent*, ajoute l'article 704, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user. Peut-on appliquer cette disposition par analogie à l'usufruit? A première vue, on est tenté de répondre affirmativement. L'usufruit n'est-il pas une servitude? et n'applique-t-on pas aux servitudes personnelles les principes généraux qui régissent les servitudes réelles? Cela est vrai; néanmoins on s'accorde à enseigner, et avec raison, que l'article 704 est inapplicable en matière d'usufruit. C'est que l'analogie qui existe entre l'usufruit et les

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 530 et les notes.
(2) Pothier, *Du douaire*, n° 255.

servitudes réelles fait précisément défaut quand il s'agit de l'extinction de ces droits : autant l'usufruit est défavorable, autant les servitudes réelles sont vues avec faveur, parce qu'elles sont une nécessité de la vie sociale. On ne peut donc pas étendre à l'usufruit une disposition que les auteurs du code ont faite pour favoriser le maintien des servitudes, alors qu'ils favorisent, au contraire, l'extinction de l'usufruit (1).

L'usufruit reste donc éteint quand le bâtiment est détruit, quoique le nu propriétaire le reconstruise. Il en serait de même si l'usufruitier le reconstruisait, sauf à lui à réclamer une indemnité contre le maître du fonds, comme nous l'avons dit plus haut (2). Cela suppose, bien entendu, que l'on se trouve dans l'hypothèse prévue par l'article 624, c'est-à-dire que l'usufruit ne porte que sur un bâtiment. Si le bâtiment fait partie d'un domaine, l'usufruit subsiste; dans ce cas, il subsistera aussi sur la maison rebâtie, sauf à régler les rapports entre le nu propriétaire et l'usufruitier quant aux frais de reconstruction.

Reste une difficulté; l'usufruit ne porte que sur un bâtiment ou sur un domaine, la maison peut être assurée : qui profitera de l'indemnité? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur cette question (3).

71. Nous avons supposé jusqu'ici la destruction de la chose ou un changement tel, que la chose est censée détruite, et que par suite l'usufruit est éteint. Que faut-il décider si le changement intervenu n'est qu'un obstacle temporaire à l'exercice du droit? Un étang est desséché, non par une cause permanente, mais par suite d'une sécheresse extraordinaire qui a tari les sources. Un terrain est *inondé;* l'inondation dure pendant des années, puis les eaux se retirent. L'usufruit subsiste-t-il? Un premier point nous paraît certain, c'est que dans ce cas l'usufruit n'a pas été éteint. Quand on dit, conformément à la doctrine romaine, que le changement de destination éteint l'usufruit,

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 513 et note 23. Il faut ajouter Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 737.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 691, n° 551.
(3) Voyez, plus haut, p. 59, n° 46, et t. VI, p. 660, n° 530.

on suppose que ce changement est définitif. Si donc un étang est transformé en terre labourable, l'usufruit sera éteint, à moins que l'intention contraire du constituant ne soit bien évidente. Si le changement n'est que temporaire, s'il n'en résulte qu'un obstacle de fait à l'exercice de l'usufruit, on ne peut pas dire que l'usufruit s'éteint, car il n'y a aucune cause légale d'extinction. Mais l'usufruit subsistera-t-il pendant quelque laps de temps que l'obstacle ait duré? Nous supposons que l'état d'où résulte l'impossibilité d'user du fonds dure plus de trente ans, l'usufruit subsistera-t-il, si ensuite les choses sont rétablies de manière que l'on puisse en user? Le code décide la difficulté en ce qui concerne les servitudes réelles : aux termes de l'article 704, elles cessent, alors même que les choses sont rétablies dans leur premier état, si le non-usage a duré trente ans. Cette disposition doit-elle être appliquée par analogie à l'usufruit? Il y a une raison de douter. Nous venons d'écarter l'article 704, comme ne pouvant pas être appliqué par analogie au cas où un bâtiment grevé d'usufruit est rebâti. Si la première partie de l'article n'est pas applicable à l'usufruit, conçoit-on que l'on applique la seconde? Malgré cette apparente contradiction, nous croyons qu'il faut appliquer à l'usufruit la disposition qui déclare les servitudes définitivement éteintes, quand l'obstacle qui en empêchait l'exercice a duré trente ans. Il y a deux principes dans l'article 704. L'un maintient la servitude quand les choses sont rétablies dans le délai de trente ans, le texte dit même que la servitude *revit;* voilà une disposition de faveur que l'on ne peut pas étendre à l'usufruit. L'autre principe déclare les servitudes éteintes après un non-usage qui a duré trente ans, bien que le non-usage provienne d'un obstacle qui a rendu l'exercice de la servitude impossible; cette disposition est plutôt rigoureuse que favorable; on a même soutenu qu'elle est contraire aux vrais principes; nous reviendrons sur la question au titre des *Servitudes* (1). Si la disposition est rigoureuse, il faut l'appliquer à l'usufruit par interprétation analogique, pour

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 294 et suivants.

mieux dire, par un argument *a fortiori*. L'usufruit est une servitude, mais une servitude dont la loi favorise l'extinction; si les servitudes réelles dont la loi favorise le maintien s'éteignent après un non-usage de trente ans, à plus forte raison l'usufruit doit-il s'éteindre dans la même hypothèse (1).

N° 6. DE LA RENONCIATION.

72. Le code civil suppose que l'usufruitier a le droit de renoncer à l'usufruit; il ne le dit pas d'une manière formelle, en plaçant la renonciation parmi les causes d'extinction prévues par l'article 617. C'est que la faculté de renoncer est de droit commun; elle appartient à toute personne capable de disposer de ses biens. Renoncer à un droit, c'est l'abdiquer, c'est donc en disposer; partant il faut être capable d'aliéner pour que la renonciation soit valable (2). Faut-il de plus le concours de consentement de celui à qui la renonciation profitera? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Nous croyons qu'il faut distinguer entre les droits de créance et les droits réels. Les obligations se forment par concours de consentement, et elles exigent aussi le concours de consentement pour se dissoudre : il n'y a pas de payement sans le consentement du créancier, et il n'y a pas de remise de la dette sans le concours du débiteur, comme nous le dirons au titre des *Obligations*. Il n'en est pas de même des droits réels; ils ne supposent ni créancier ni débiteur; ils s'exercent directement dans la chose. Peu importe qu'ils aient leur source dans un contrat; la propriété s'acquiert par la vente, cela n'empêche pas que l'acheteur n'exerce un droit direct dans la chose. Peut-il renoncer à son droit par sa seule volonté? L'affirmative n'a jamais été mise en question. S'agit-il d'une chose mobilière, le propriétaire peut la jeter avec l'intention de ne l'avoir plus; elle appartiendra alors au premier occupant, et certes il ne faut pas le concours de

(1) Voyez les diverses opinions sur cette question, dans Aubry et Rau, t. II, p. 514, note 24, et dans Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 666

(2) Proudhon, t. VI, p. 6, n°s 2165.

volonté du maître et de celui qui s'approprie la chose par occupation, pour que la renonciation à la propriété soit valable. S'agit-il d'un immeuble, le propriétaire peut aussi le délaisser ; ce sera un bien sans maître qui appartiendra à l'Etat (art. 713), et il est certain qu'il ne faut pas le consentement de l'Etat pour que l'abdication de la propriété soit valable. Si cela est vrai de la propriété, cela doit l'être aussi des autres droits réels. Celui qui a un droit réel n'est pas en face d'un débiteur ; il est en rapport direct avec la chose ; s'il veut abdiquer son droit, qui pourrait l'en empêcher? Il n'y a pas là de débiteur personnel, c'est le fonds qui doit, et certes on ne dira pas que le fonds doit consentir.

Ces principes reçoivent leur application à l'usufruit. L'usufruitier trouve que les charges qui pèsent sur sa jouissance dépassent les bénéfices qu'il en retire ; il y renonce. Sa renonciation profitera au nu propriétaire, en ce sens que l'usufruit se réunira avec la nue propriété. Est-ce à dire que la renonciation ne sera valable que par le consentement ou l'acceptation du nu propriétaire? Il n'y a pas lieu à une acceptation quand il n'y a pas d'offre ; or, l'usufruitier qui renonce ne fait aucune offre au nu propriétaire ; il abdique un droit. De même que l'héritier qui renonce à la succession n'a pas besoin du consentement de celui à qui la succession sera transmise, son droit de renoncer est absolu comme celui du propriétaire. L'usufruitier est propriétaire de son droit d'usufruit, de même que l'héritier l'est de l'hérédité ; ils peuvent disposer comme ils l'entendent de ce qui leur appartient.

Il ne faut pas confondre la renonciation, qui est un acte de volonté unilatérale, avec la cession du droit qui se fait à titre onéreux ou gratuit. La cession exige certainement le concours de volonté de celui à qui le droit est cédé ; c'est un contrat. Elle peut se faire sous le nom de renonciation ; mais le nom que les parties donnent à un fait juridique n'en détermine pas la nature et les effets, il faut voir ce qui s'est passé entre elles. Supposons que l'usufruitier déclare renoncer à titre gratuit à son usufruit, au profit du nu propriétaire. Est-ce là une renonciation unilaté-

rale comme celle dont nous venons de parler? Non, c'est une donation. Et la différence ne consiste pas seulement dans les mots. D'abord il faudra le consentement du nu propriétaire qui est donataire, puisque la donation est un contrat. Puis il faudra l'observation des formes prescrites pour la donation, comme nous le dirons plus loin. Enfin on appliquera à cette donation tous les principes qui régissent les effets des donations. Ainsi l'usufruitier aura le droit de la révoquer pour cause d'ingratitude, et elle sera révoquée de plein droit s'il lui survient un enfant. Tandis que la renonciation unilatérale n'est pas assujettie aux règles des donations et ne produit pas les effets qui y sont attachés (1).

73. L'usufruitier peut-il revenir sur sa renonciation? Si la renonciation résulte d'une convention faite avec le nu propriétaire, on applique les principes généraux qui régissent les contrats. Tant qu'il n'y a qu'une offre non acceptée, l'usufruitier n'est pas lié, et partant il peut rétracter ses offres; il ne revient pas, dans ce cas, sur sa renonciation, car il n'y a pas de renonciation aussi longtemps qu'il n'y a pas concours de volontés. Si la renonciation est unilatérale, il faut décider qu'elle est définitive, par cela seul que l'usufruitier a manifesté sa volonté de renoncer. Il en est ainsi en matière de propriété. Celui qui délaisserait un immeuble cesserait d'en être propriétaire du moment qu'il aurait manifesté sa volonté, quand même l'Etat n'aurait fait aucun acte d'appropriation. C'est la conséquence du principe que la renonciation, étant un acte unilatéral, est parfaite par la seule volonté de celui qui renonce à un droit. Il est vrai qu'au titre des *Successions*, la loi permet à l'héritier qui a renoncé de revenir sur sa renonciation, tant que la succession n'est pas acceptée par d'autres héritiers (art. 790). Mais cette disposition est exceptionnelle, et partant de stricte interprétation. Il n'y a pas d'exception sans texte. Proudhon enseigne que la renonciation ne devient définitive et irrévocable que lorsque le nu pro

(1) Demante, t. II, p. 553, n° 467 *bis*. Demolombe, t. X, p. 697, n° 742. Aubry et Rau, t. II, p. 518 et note 45. Arrêt de Bordeaux du 23 décembre 1847 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 699).

priétaire l'a acceptée. Cela suppose, comme Proudhon le dit, que la renonciation n'est qu'une proposition, c'est-à-dire une offre; ce qui est contraire aux principes. Il y a un arrêt en faveur de cette opinion, mais il repose aussi sur la supposition erronée que la renonciation est un contrat (1).

74. Comment la renonciation doit-elle se faire? Peut-elle être tacite? ou doit-elle être expresse? et si elle doit être formelle, l'expression de volonté est-elle soumise à certaines formes? Ces questions sont controversées et il y a quelque doute. Il importe avant tout de fixer le sens de l'article 621, qui porte : « La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas *formellement* renoncé. » La renonciation *formelle* est-elle un principe général, ou l'article 621 ne s'applique-t-il qu'au cas où l'usufruitier intervient dans la vente que le nu propriétaire fait de la chose? D'après les termes de la loi et la tradition à laquelle elle se rapporte, il faut décider qu'elle prévoit le cas spécial que nous venons de mentionner. Si l'usufruitier intervient dans la vente, son intention peut être de renoncer à sa jouissance au profit du nu propriétaire et de l'acquéreur; mais il peut aussi avoir l'intention de vendre son droit d'usufruit, ce qui facilite la vente de la nue propriété. Il y a donc doute. Voilà pourquoi la loi rejette, dans ce cas, la renonciation tacite; elle veut que l'usufruitier fasse connaître sa volonté : en ce sens, sa renonciation doit être *formelle*. En droit romain, on décidait que le consentement donné par l'usufruitier à la vente emportait renonciation à l'usufruit. Cette décision est trop absolue; elle suppose que l'usufruitier ne peut pas avoir d'autre intention que celle d'abdiquer son usufruit, ce qui n'est pas exact. Pour éviter le danger qui résulte de cette incertitude, le législateur a rejeté la présomption admise par les jurisconsultes romains, en exigeant une déclaration de volonté de la part de l'usufruitier.

(1) Arrêt précité de Bordeaux (p. 92, note 1). Proudhon, t. V, p. 52, n° 2220. En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 687, n° 733 *bis*.

Est-ce à dire que le concours de l'usufruitier à l'acte de vente n'emporte jamais renonciation à l'usufruit, sauf quand il y a déclaration formelle? Les auteurs admettent, malgré les termes de l'article 621 qui exige une renonciation *formelle,* que la renonciation peut être tacite. Un arrêt de la cour de Rouen l'a jugé ainsi dans les circonstances suivantes. L'usufruitier avait consenti à la vente, ainsi qu'à l'emploi des deniers provenant de la vente. Sur le pourvoi, cette décision fut maintenue par la cour de cassation (1). Il est à remarquer que dans cette espèce il y avait plus que concours de l'usufruitier dans le contrat; son consentement à l'emploi des deniers était plus significatif que sa présence à l'acte, il manifestait clairement par là l'intention de renoncer à l'usufruit de la chose vendue. L'article 621 n'était pas applicable, puisque cette disposition ne fait que reproduire le cas décidé par les jurisconsultes romains, c'est-à-dire le concours de l'usufruitier à la vente. On rentrait donc dans les principes généraux; or, en principe, la renonciation, comme toute manifestation de volonté, peut être tacite. Il ne faut donc pas voir dans l'arrêt de la cour suprême une interprétation de l'article 621, c'est une décision fondée sur les circonstances particulières de la cause. Dans le cas prévu par l'article 621, la loi exige une renonciation formelle, ce qui signifie bien que la renonciation doit être faite par paroles. Il va sans dire qu'il n'y a pas de paroles sacramentelles (2).

S'il résulte des termes de l'acte que l'usufruitier a entendu vendre son usufruit, alors il ne peut plus être question d'une renonciation. On applique en ce cas les principes qui régissent la vente de l'usufruit (3).

75. La renonciation faite à titre gratuit est-elle soumise aux formalités prescrites pour les donations? Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse; lorsque la renonciation est un acte unilatéral, il n'y a pas de donation,

(1) Arrêt de rejet du 2 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 33).
(2) Genty, p. 236, n° 290. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 517 et note 42; Demolombe, t. X, p. 684, n°s 730 et 732. Comparez Proudhon, t. V, p. 12, n°s 2173-2177.
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 590, n°s 474 et suiv.

il ne peut donc pas s'agir d'observer des formes qui ne concernent que les donations. Lorsque la renonciation se fait par concours de volontés, elle forme un contrat, partant une donation, si l'usufruitier renonce sans compensation. Donc il faut observer les formes prescrites pour les donations. L'opinion contraire est cependant enseignée et elle est consacrée par la jurisprudence. Il a été jugé que la renonciation gratuite que la mère survivante faite, au profit de ses enfants, de l'usufruit qui lui a été légué n'est pas soumise aux formes des donations. Dans l'espèce, la mère avait renoncé par acte authentique, mais les enfants n'avaient pas accepté d'une manière expresse, comme le veut la loi (art. 932). La cour de Rouen décida que l'article 932 n'était pas applicable. Elle distingue : si la renonciation se faisait au profit d'un tiers, il y aurait donation, mais quand l'usufruitier renonce au profit du nu propriétaire, il y a simplement libération d'une servitude (1). La distinction est peu juridique. Dans l'un et l'autre cas, il y a transmission d'un droit réel, donc donation quand la transmission se fait à titre gratuit. Proudhon dit que les lois n'exigent pas pour le retour à la liberté les formes qu'elles prescrivent quand il y a transmission de la propriété. C'est, nous semble-t-il, décider la question par la question; il s'agit précisément de savoir si la loi établit une différence entre la transmission faite sous forme d'une renonciation et la transmission ordinaire; où est le texte qui fait cette différence? quel est le principe d'où elle dérive? On objecte qu'il y a contradiction dans l'opinion que nous professons. Que la renonciation soit unilatérale ou bilatérale, dira-t-on, dans tous les cas, elle a pour effet une transmission de l'usufruit; donc une libéralité si elle se fait gratuitement, et la renonciation unilatérale est essentiellement gratuite, donc c'est toujours une donation. Ce dernier point, nous le contestons. Il n'y a pas de libéralité, et l'usufruitier qui renonce n'entend pas avantager le nu propriétaire. Quand renonce-t-on à l'usufruit? Lorsqu'on

(1) Rouen, 22 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 2, 62). Comparez Proudhon, t. V, p. 43, n° 2206. En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 686, n°s 732, 733; Aubry et Rau, t. II, p. 517 et note 41.

n'a pas intérêt à le conserver, s'il est onéreux à raison des charges qui le grèvent; cette renonciation peut se faire, même malgré le nu propriétaire : or, conçoit-on une donation faite malgré le donateur? Il est vrai qu'une renonciation unilatérale peut cacher une libéralité; nous verrons, au titre des *Donations*, quels sont les principes qui régissent les donations déguisées.

76. Quand l'usufruit est immobilier, la renonciation est soumise à la formalité de la transcription pour qu'elle puisse être opposée aux tiers. C'est l'application du principe général établi par notre nouvelle loi hypothécaire. Aux termes de l'article 1er, les actes de renonciation à des droits réels immobiliers doivent être transcrits. Nous reviendrons sur cette disposition, le siége de la matière étant au titre des *Hypothèques*.

77. L'usufruitier qui renonce n'est plus tenu des charges qu'il avait à supporter comme tel, puisqu'il n'y a plus d'usufruit. La renonciation a-t-elle aussi un effet quant au passé? Nous avons déjà examiné la question (1). Elle est controversée. Elle l'est aussi dans son application à l'usufruit légal des père et mère. Si l'on admet en principe que l'usufruitier peut se décharger, même pour le passé, des réparations et autres charges usufructuaires, en restituant les fruits qu'il a perçus, il faut naturellement appliquer le même principe à la jouissance des père et mère. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Lyon (2).

78. Aux termes de l'article 622, « les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. » C'est l'application du principe établi par l'article 1167, et connu sous le nom d'*action paulienne*. Nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 682, n° 547.
(2) Lyon, 16 février 1835 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 151). Dans le même sens, Demolombe, t. VI, p. 475. En sens contraire, Zachariæ, t. III, p. 684, édition d'Aubry et Rau.

N° 7. ABUS DE JOUISSANCE.

79. L'article 618 dit que « l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance. » Il est difficile de justifier cette cause d'extinction. Les anciens jurisconsultes la rapportaient au droit romain, par une fausse interprétation d'un passage des *Institutes;* elle passa à ce titre dans la jurisprudence et elle fut même admise dans plusieurs coutumes (1). Toutefois Pothier la considérait comme une disposition exceptionnelle, partant comme une dérogation à la rigueur des principes; la règle, d'après lui, était que l'usufruitier qui abusait de sa jouissance fût privé de jouir par lui-même, et que le nu propriétaire fût reçu à jouir, à condition de compter des revenus à l'usufruitier, sous la déduction des charges (2). Comme le dit très-bien Portalis au conseil d'Etat, la mauvaise administration de l'usufruitier ne doit pas devenir un profit pour le nu propriétaire (3). On a essayé d'expliquer la déchéance de l'usufruitier par le principe de la condition résolutoire tacite. L'usufruitier doit conserver la substance de la chose, c'est la condition de sa jouissance; s'il ne remplit pas l'obligation qui est inhérente à son droit, il est logique que ce droit soit résolu (4). Nous répondrons à M. Demolombe que la loi n'admet pas cette logique. En effet, la condition résolutoire tacite n'existe que dans les contrats synallagmatiques (art. 1184). Le nu propriétaire peut-il dire à l'usufruitier que lui nu propriétaire doit être délié de ses obligations parce que l'usufruitier n'exécute pas les siennes, alors que le nu propriétaire n'a pas d'obligations? L'usufruitier lui-même n'a pas d'obligations proprement dites, car, en matière de droits réels, il n'y a ni débiteur ni créancier. Cela est élémentaire. Sans doute l'usufruitier doit conserver la substance et jouir en bon père de famille, et

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 151, n° 228. Demolombe, t. X, p. 672, n° 716.

(2) Pothier, *Du douaire*, n° 262.

(3) Séance du conseil d'État du 27 vendémiaire an XII, n° 28 (Locré, t. IV, p. 118).

(4) Demolombe, d'après Proudhon, t. V, p. 242, n° 2442.

il est responsable quand il abuse. Mais faut-il pour cela le priver de son droit? La caution ne répond-elle pas des dommages et intérêts dont il est tenu? Et n'aurait-on pas dû, comme le voulait Pothier, se borner à lui enlever la jouissance personnelle en la donnant au nu propriétaire?

80. Cette cause d'extinction ne concerne pas le quasi-usufruit; l'usufruitier, devenant propriétaire des choses consomptibles, a par cela même le droit d'abuser (1). Il a cependant été jugé que l'article 618 s'applique à l'usufruit de choses fongibles. Voici l'espèce. L'usufruit comprenait des capitaux placés sur hypothèque et sur privilége; l'usufruitier en demanda le remboursement, même avant l'échéance, et il plaça les deniers sur simples billets sous signature privée, sans garantie aucune. On lui reprochait des actes plus répréhensibles encore; l'arrêt de la cour de cassation constate qu'il avait recélé des capitaux et qu'il avait cherché à en dissimuler l'origine. La cour décida que l'article 618 était l'application d'un principe d'équité, que lorsque l'usufruitier manquait à ses devoirs les plus essentiels, il était juste que son droit pût être résolu, sans distinction entre l'usufruit qui porte sur des immeubles et celui qui a pour objet des choses fongibles. Il est vrai, dit l'arrêt, que l'usufruitier peut demander le remboursement des capitaux et disposer des deniers; mais s'il peut les consommer dans le sens légal du mot, il ne laisse pas d'être tenu d'administrer en bon père de famille; s'il se livre à de folles dissipations, s'il commet des détournements frauduleux, il compromet les droits des nus propriétaires, et partant l'article 618 est applicable (2). Dans l'espèce, l'abus était évident. En effet, l'usufruit, à son ouverture, portait sur des créances; or, des créances ne sont pas des choses consomptibles; l'usufruitier peut, à la vérité, en demander le remboursement, mais c'est là un acte de jouissance, et qui par conséquent est soumis à la règle essentielle de tout usufruit; l'usufruitier ne doit exiger le remboursement que pour faire des placements plus avantageux; sinon il abuse

(1) Proudhon, t. V, p. 219, n° 2417.
(2) Arrêt de rejet du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 104).

et il y a lieu d'appliquer l'article 618. Nous croyons même que la loi serait applicable si, dès le principe, l'usufruit portait sur des deniers. Il y a une différence entre l'argent et les autres choses consomptibles : on ne mange pas l'argent, on le place, on l'emploie. Il y a donc là un mode de jouissance qui est soumis à la règle générale en vertu de laquelle l'usufruitier doit jouir en bon père de famille ; or, dès que l'abus est possible, il y a lieu à la déchéance. Tandis qu'il ne peut pas être question d'abus lorsque l'usufruit porte sur des choses qui se consomment matériellement.

81. Quand y a-t-il abus de jouissance ? On répond d'ordinaire qu'il doit y avoir mauvaise foi, détournement frauduleux (1). C'est ajouter à la loi, car le code n'exige pas que l'abus soit commis dans un esprit de dol. L'article 618 explique ce qu'il faut entendre par jouissance abusive : l'usufruitier abuse quand il commet des dégradations sur le fonds ou qu'il le laisse dépérir faute d'entretien. Ainsi il y a abus par cela seul que l'usufruitier manque à l'obligation qui lui est imposée de jouir en bon père de famille, c'est-à-dire dès qu'il y a faute. Mais la loi ne dit pas que la déchéance *doit* être prononcée pour toute faute ; elle dit que l'usufruit *peut* cesser. C'est donc au juge à apprécier la gravité de la faute. Nous verrons plus loin que les tribunaux ont, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Il est donc inutile de donner des exemples (2) : tout dépend des faits et des circonstances, qui varient d'une cause à l'autre.

La déchéance est une peine que la loi inflige pour une faute grave commise par l'usufruitier. Toute faute implique un fait personnel et imputable. Il en est de même de la faute qui entraîne la déchéance de l'usufruit. Dans l'ancien droit, il a été jugé que les dégradations faites par le fermier ne pouvant être imputées à l'usufruitier, il n'y avait pas lieu de prononcer l'extinction de son droit pour cause

(1) Demolombe, t. X, p. 675, n° 718. Proudhon, t. V, p. 220, n° 2419. Comparez arrêt d'Amiens du 1er décembre 1843 (Dalloz, 1845, 1, 114).
(2) Proudhon, t. V, p. 222, nos 2419 et 2420. Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 683. Arrêt de Caen du 8 août 1816 (Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 695).

d'abus; il est vrai qu'il doit réparer le dommage, car il est tenu de rendre la chose non détériorée; en ce sens, il répond de la faute du fermier, mais une jouissance abusive implique un fait personnel; cela décide la question en faveur de l'usufruitier (1).

En est-il de même quand c'est le tuteur qui a abusé? D'après les principes qui régissent la gestion du tuteur, il faut distinguer. S'il y a simple faute, le mineur est tenu par application de la règle que le fait du tuteur est le fait du mineur; mais s'il y a dol, la responsabilité est personnelle au tuteur (2). La distinction est juridique; nous n'y insistons pas, parce que nous doutons fort qu'un tribunal prononce jamais la déchéance d'un mineur pour la faute de son tuteur.

82. La vente de la chose grevée d'usufruit constitue-t-elle un abus de jouissance? Un excellent esprit, Voet, semble en douter. Dumoulin, au contraire, appelle ce fait une trahison; en effet, l'usufruitier est obligé de conserver la chose, il est constitué gardien par la loi; si un tiers compromet les droits du nu propriétaire, il doit dénoncer l'usurpation au nu propriétaire (art. 614), et il répond du dommage que le nu propriétaire éprouve, s'il ne dénonce pas le trouble. Et l'on veut qu'il puisse lui-même impunément dépouiller le propriétaire! On dira que le nu propriétaire peut toujours revendiquer, et que d'ailleurs il est garanti par le cautionnement. Cette dernière considération n'a aucune valeur, puisque la loi permet de prononcer la déchéance malgré la garantie de la caution. Quant à la revendication, elle peut être repoussée par l'usucapion. Là est le grand danger pour le propriétaire. En ce sens, Proudhon a raison de dire qu'il y a peu d'actes d'abus plus coupables que la vente de la chose par l'usufruitier. C'est l'avis de tous les auteurs (3).

83. A la différence des autres modes d'extinction, l'abus

(1) C'est l'opinion générale. Voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 685.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 112, n° 102. Comparez Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 686. Proudhon, t. V, p. 249, n° 2450.
(3) Proudhon, t. V, p. 225, n° 2422. Demolombe, t. X, p. 676, n° 719.

ne met pas fin de plein droit à l'usufruit. C'est le juge qui prononce la déchéance de l'usufruitier (art. 618). Puisqu'il y a une faute à apprécier et une peine à infliger, il fallait naturellement faire intervenir les tribunaux. Outre l'extinction de l'usufruit, le juge peut encore accorder au nu propriétaire des dommages-intérêts; la loi ne le dit pas, mais cela est de droit; le juge peut aussi se contenter de prononcer la déchéance, sans allouer de dommages-intérêts, si la rentrée du propriétaire dans sa jouissance est une compensation suffisante du préjudice qu'il a éprouvé.

84. L'article 618 donne aux juges un pouvoir discrétionnaire : « Ils peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. » Il résulte du texte et de l'esprit de la loi que l'article 618 ne doit pas être entendu dans un sens restrictif; si la faute n'est pas assez grave pour entraîner la déchéance de l'usufruitier, le tribunal pourra prendre telles mesures qu'il jugera convenables pour concilier les intérêts du nu propriétaire et ceux de l'usufruitier. Ainsi l'usufruitier était dispensé de donner caution; s'il mésuse et s'il compromet les droits du nu propriétaire, le juge pourra le condamner à donner caution; c'est le cas de dire, qui peut le plus peut le moins (1). L'article 602 pourra être appliqué par analogie. D'après cette disposition, si l'usufruitier, lors de l'ouverture de son droit, ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre. Le séquestre remplit parfaitement le but que le législateur s'est proposé; il assure les droits du propriétaire et il maintient la jouissance de l'usufruitier (2).

On demande si le tribunal peut déclarer l'usufruit éteint partiellement. Dumoulin se prononce pour l'affirmative. La peine, dit-il, doit être proportionnée au délit. Si l'usu-

(1) Arrêt de rejet du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 104).
(2) Demolombe, t. X, p. 677, n° 722. Genty, p. 242, n° 294.

fruitier n'a mésusé que dans la jouissance de certains biens, tels qu'un bois, il n'y a pas de raison pour éteindre l'usufruit quant aux objets dont il a joui en bon père de famille. Proudhon conteste : selon lui, c'est la nature de la faute qu'il faut considérer plutôt que l'étendue de l'objet sur lequel elle a été commise. N'est-ce pas là faire de l'abstraction, alors que la difficulté est, avant tout, une question de fait et d'intérêt? Nous croyons qu'il faut s'en tenir à l'adage, qui peut le plus peut le moins (1). Tel est aussi l'esprit de la loi. Au conseil d'Etat, Treilhard déclara formellement que les créanciers de l'usufruitier pouvaient demander que la privation de l'usufruit ne fût que partielle ; or, les créanciers ne font qu'exercer les droits de leur débiteur, l'usufruitier; celui-ci peut donc aussi demander que l'usufruit ne soit éteint que partiellement (2).

85. L'article 618 ajoute que les créanciers peuvent intervenir dans les contestations pour la conservation de leurs droits. Quel est le but de cette intervention? Quand les créanciers interviennent dans une instance où les droits de leur débiteur sont engagés, c'est d'ordinaire pour empêcher une collusion frauduleuse au préjudice de leurs intérêts. Il pourrait y avoir collusion entre le propriétaire et l'usufruitier; en intervenant, les créanciers préviendront la fraude. La loi ajoute qu'ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir. Ils peuvent donc soutenir qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'extinction de l'usufruit; il est vrai que la déchéance est une peine, mais cette peine a sa source dans le préjudice que l'abus a causé au nu propriétaire; si celui-ci est entièrement désintéressé pour le passé et pour l'avenir, sa demande tombe, en quelque sorte, faute de base. Nous disons, en quelque sorte; il n'y a rien d'absolu en cette matière; de même que le juge peut ne pas prononcer l'extinction de l'usufruit, malgré quelques actes d'abus, de même, s'il y a eu des malversations frauduleuses, il pourra dé-

(1) Dumoulin, *Sur la Coutume de Paris*, tit. I, § 1, glose I, n° 46. En sens contraire, Proudhon, t. V, p. 259, n° 2460.
(2) Séance du conseil d'Etat du 27 vendémiaire an XII, n° 28 (Locré, t. IV, p. 128). Demolombe, t. X, p. 678, n° 723.

clarer l'usufruitier déchu, malgré les offres des créanciers. La loi ne dit pas que les offres des créanciers lient le juge, donc il reste libre de décider d'après les circonstances (1).

Si le juge accepte les offres des créanciers, il pourra ou maintenir l'usufruitier en jouissance, ou donner la jouissance à ses créanciers. Ceux-ci peuvent, d'après le droit commun, exercer les droits de leur débiteur (art. 1166); et il nous semble que l'esprit de la loi exige que l'exercice de l'usufruit soit attribué aux créanciers. En effet, il faut au nu propriétaire des garanties pour l'avenir; le texte le dit. Quelles seront ces garanties? Si l'usufruitier restait en possession, nous ne voyons pas en quoi elles pourraient consister. Sera-ce un cautionnement fourni par les créanciers? Le premier cautionnement n'a pas empêché l'usufruitier de mésuser; le second ne sera pas un frein plus puissant. Apportera-t-on des limitations au mode de jouissance de l'usufruitier? Où sera la garantie qu'il les observera? La mesure la plus juridique et la plus prudente tout ensemble sera donc d'envoyer les créanciers en possession (2).

86. Qu'arrivera-t-il si les tribunaux rejettent les offres des créanciers? L'extinction de l'usufruit aura-t-elle pour effet d'éteindre leurs hypothèques? Le texte paraît décider la question en ce sens, puisque, après avoir accordé aux créanciers le droit d'intervenir, la loi dit que les juges peuvent prononcer l'extinction *absolue* de l'usufruit; la loi semble donc n'accorder aux créanciers qu'une seule voie pour sauvegarder leurs intérêts, c'est d'intervenir dans l'instance, afin d'empêcher la déchéance de l'usufruitier. Au conseil d'Etat, Portalis ayant demandé quels seraient les droits des créanciers en cas d'abus, Treilhard répondit : « Les créanciers ne peuvent exercer que les droits de leur débiteur. Il leur est permis d'intervenir et de discuter la demande en extinction d'usufruit formée par le propriétaire, d'offrir des garanties, de demander que l'extinction de l'usufruit ne soit que partielle; mais quand la

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 516 et notes 37 et 38. Demolombe, t. X, p. 679, n° 725. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 152, n° 229. Comparez Duranton, t. IV, n° 697, p. 663.
(2) Proudhon, t. V, p. 236, n° 2432.

contestation est jugée, soit avec eux, soit sans eux, *il ne leur reste plus de recours.* » Treilhard revint encore sur ces considérations, et déclara nettement que l'extinction de l'usufruit étant tout à la fois une peine contre l'usufruitier et une indemnité pour le propriétaire, on ne pouvait accorder aux créanciers que la faculté d'intervenir et de faire des offres (1). Nous croyons néanmoins que les créanciers hypothécaires conservent leur hypothèque.

La difficulté est de savoir si la déchéance opère rétroactivement; or, il suffit de poser la question pour la résoudre. La déchéance n'est pas une résolution, c'est une peine, elle n'existe donc qu'en vertu du jugement qui la prononce; par conséquent l'usufruit n'est éteint qu'à partir de ce moment. Si l'usufruit était résolu, il en résulterait que l'usufruitier doit restituer les fruits qu'il a perçus. La loi ne dit pas cela, et il faudrait un texte pour faire rétroagir une peine. Si l'article 618 dit que l'extinction est *absolue*, c'est par opposition aux mesures que le tribunal peut prendre en privant l'usufruitier de sa jouissance, sans le priver de tout droit aux revenus. Reste la discussion. Nous l'écartons parce que la discussion n'est pas la loi, et d'ailleurs la question n'a pas été posée ni résolue d'une manière formelle. Portalis et Treilhard ont parlé des créanciers en général, mais ils n'ont pas décidé que les hypothèques seraient éteintes. On fait une objection, et elle est spécieuse. Si les juges prononcent l'extinction absolue de l'usufruit, il n'y aura plus d'usufruit distinct de la propriété, et comment y aurait-il une hypothèque sur l'usufruit alors que ce droit est éteint? Nous répondons qu'un droit peut être éteint à l'égard de telle personne, et subsister à l'égard d'une autre. Nous en avons vu un exemple en traitant de la consolidation. De même, en cas d'abus, on conçoit très-bien que l'usufruit soit éteint à l'égard du propriétaire, puisque celui-ci ne peut pas avoir d'usufruit sur sa propre chose;

(1) Séance du conseil d'Etat du 27 vendémiaire an XII, n° 28 (Locré, t. IV, p. 128). Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 151, n° 228. Dalloz, au mot *Usufruit*, n° 725, et au mot *Priviléges et Hypothèques* n[os] 803 et suiv. Demolombe, t. X, p. 707, n° 750.

mais il n'y a pas de raison juridique pour déclarer l'usufruit éteint à l'égard des créanciers (1).

N° 8. DES CAUSES D'EXTINCTION QUI DÉRIVENT DU DROIT COMMUN.

I. *Résolution. Révocation. Annulation.*

87. L'usufruit s'éteint quand le droit de propriété de celui qui l'a constitué est résolu, révoqué ou annulé, bien entendu si c'est avec rétroactivité. On applique les principes généraux qui régissent la résolution, la révocation ou l'annulation de la propriété. La rétroactivité est la règle (2); elle reçoit son application à l'usufruit. Si celui qui a établi l'usufruit est censé n'avoir jamais été propriétaire de la chose, il s'ensuit qu'il n'a pas eu le droit de concéder l'usufruit, le droit de l'usufruitier tombe donc avec le droit de celui qui l'a constitué; il sera censé n'avoir jamais été usufruitier. L'article 2125 le dit de l'hypothèque, et le principe est le même pour tous les droits réels. Si, au contraire, par exception, la propriété est révoquée sans rétroactivité, l'usufruit consenti avant l'inscription de la demande en révocation sera maintenu (3). C'est le droit commun, tel qu'il résulte du code Napoléon combiné avec la loi hypothécaire belge. Nous exposerons ces principes au titre des *Obligations*. L'usufruit constitué par le donataire sera résolu, si la donation est révoquée pour inexécution des charges, ou pour survenance d'enfant (art. 954 et 963); il subsistera si la donation est révoquée pour cause d'ingratitude (art. 958).

88. Le titre même qui constitue l'usufruit peut être résoluble, révocable ou annulable. Lorsque l'usufruit a été constitué sous condition résolutoire, il sera résolu si la condition se réalise, et dans ce cas l'usufruit sera censé n'avoir jamais existé, la condition résolutoire rétroagissant toujours. De même, si l'usufruit a été établi par do-

(1) Proudhon, t. V, p. 279, n° 2476.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 148, n° 113.
(3) Pothier, *Du douaire*, n° 253, et tous les auteurs. Nous nous bornons à citer Duranton, t. IV, p. 659, n°s 690-693.

nation, il sera révocable dans les cas où la donation peut être révoquée. Si le titre constitutif est vicié, soit dans la forme, soit au fond, il pourra être annulé; or, l'annulation opère toujours rétroactivement.

Le cas où le titre constitutif est résolu, révoqué ou annulé ne doit pas être confondu avec le cas où le droit du constituant vient à tomber. Dans les deux cas, il y a rétroactivité; mais ils diffèrent en ce qui concerne le mode d'extinction. Quand c'est le titre constitutif qui est sujet à résolution ou à révocation, l'usufruit s'éteint de plein droit, dans les cas où la résolution et la révocation opèrent de plein droit. Tandis que si l'usufruit s'éteint parce que les droits du constituant viennent à tomber, l'extinction n'a jamais lieu de plein droit; dans ce cas, l'usufruitier a un titre, et il faut que ce titre soit attaqué, l'usufruitier pouvant contester l'effet de la résolution ou de la révocation. Ainsi, si l'usufruit est constitué par donation, il est révoqué de plein droit par survenance d'enfant. Si c'est le donataire qui a constitué l'usufruit, et si son droit est révoqué par survenance d'enfant, les droits des tiers ne tombent pas de plein droit. Il y aura lieu à la revendication ou à l'action confessoire. Il y a aussi des différences quant aux effets. Lorsque le titre même de l'usufruitier est résolu, il est censé n'avoir jamais eu la possession de la chose, et partant il devra restituer les fruits qu'il a perçus ; tandis que si son droit tombe par suite de la résolution de celui qui l'a établi, l'usufruitier peut invoquer sa possession (1). Nous reviendrons sur cette matière au titre des *Obligations*. Enfin le tiers usufruitier a droit à la garantie, s'il a acquis l'usufruit à titre onéreux; tandis qu'il n'y a pas lieu à garantie lorsque le titre constitutif de l'usufruit est résolu, révoqué ou annulé.

II. *De l'usucapion.*

89. Le code ne parle que de l'extinction de l'usufruit par le non-usage, c'est-à-dire par la prescription extinc-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 140, nos 105, 106.

tivo. Il peut aussi s'éteindre par la prescription acquisitive.

Supposons d'abord qu'un usufruit soit constitué sur un fonds déjà grevé d'usufruit; le tiers qui l'acquiert à titre et bonne foi; s'il possède pendant dix ou vingt ans, avec les conditions prescrites par la loi, il aura usucapé l'usufruit. On demande si, dans ce cas, le premier usufruit sera éteint. L'affirmative est généralement enseignée, avec cette restriction toutefois que l'usufruit est suspendu plutôt qu'éteint. En effet, le premier usufruit ayant été valablement constitué ne peut s'éteindre que par une cause légale; or, aucune disposition de la loi ne déclare l'usufruit éteint dans l'espèce; la prescription accomplie par le tiers empêche seulement l'usufruitier d'user de son droit, puisque deux personnes ne peuvent être propriétaires pour le tout d'une seule et même chose, et l'usufruit est une espèce de propriété. Donc si, lors de la mort du second usufruitier, le premier vit encore, il rentrera dans l'exercice de son droit (1).

90. La vraie extinction par suite de la prescription acquisitive a lieu lorsqu'un tiers acquiert du non-propriétaire la pleine propriété de la chose grevée d'usufruit; s'il a juste titre, bonne foi, et s'il possède pendant le temps et sous les conditions exigées par la loi, il aura usucapé la pleine propriété, et par conséquent l'usufruit sera éteint. Cela est généralement admis; il y a cependant des motifs de douter. D'abord il y a une difficulté de texte. L'article 618 dispose que l'usufruit s'éteint par le non-usage pendant trente ans; la loi ne dit pas que l'usucapion de la propriété éteint l'usufruit. On répond à cette objection que les principes généraux suffisent. Celui qui possède la toute propriété usucape la toute propriété, c'est-à-dire la propriété libre de toute charge. Le code applique ce principe à l'hypothèque (art. 2180). Si le plus favorable des droits réels s'éteint par la prescription acquisitive, il en doit être ainsi, à plus forte raison, de l'usufruit, dont la loi favorise l'extinction. Il y a un autre texte qui nous paraît décisif.

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 519, note 48. Demolombe, t. X, p. 696, n° 741.

Aux termes de l'article 1665, l'acheteur à réméré peut prescrire « tant contre le véritable maître que contre ceux qui ont des *droits* ou *hypothèques* sur la chose. » Ces *droits*, autres que les *hypothèques*, ne peuvent être que des servitudes, donc l'usufruit s'éteint par la prescription acquisitive aussi bien que l'hypothèque (1).

L'acquéreur a, dans l'espèce, deux prescriptions à accomplir, l'une à l'égard du nu propriétaire, que nous supposons être le vrai propriétaire, l'autre à l'égard de l'usufruitier. Les conditions de ces deux prescriptions sont généralement les mêmes : juste titre, bonne foi, caractères de la possession. Il en est de même de la durée de la possession, si le nu propriétaire et l'usufruitier sont l'un et l'autre présents, dans le sens légal du mot (art. 2265). Si le nu propriétaire est présent et l'usufruitier absent, la prescription ne sera acquise à l'égard de l'usufruitier qu'après une possession de vingt ans; en effet, l'usufruit et la nue propriété forment deux immeubles distincts que le tiers acquéreur doit acquérir l'un et l'autre par la prescription ; il faut donc qu'il accomplisse les conditions prescrites par la loi et pour la nue propriété et pour l'usufruit. De là suit qu'il ne suffit pas que le tiers ait accompli la prescription à l'égard de l'usufruitier, car il ne s'agit pas pour lui d'usucaper l'usufruit séparé de la nue propriété; il doit usucaper la toute propriété, il faut donc que la prescription soit acquise et à l'égard du nu propriétaire et à l'égard de l'usufruitier pour que l'usufruit soit éteint. Si la prescription était suspendue à l'égard de l'un, par cela même la prescription extinctive de l'usufruit serait également suspendue (2).

91. Il y a encore un autre cas de prescription acquisitive qui a pour effet d'éteindre l'usufruit. Si le propriétaire de la chose grevée d'usufruit me vend la toute propriété, il me cède par cela même la jouissance, mais je n'acquiers que la nue propriété, puisque mon auteur n'avait pas l'usufruit. Pourrai-je, en ce cas, acquérir l'usufruit par

(1) Genty, p. 245, n° 298, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 519, note 49.

(2) Proudhon, t. IV, p. 545, n°s 2154 et suiv.

usucapion, si j'ai acheté le fonds ignorant qu'il fût grevé d'usufruit? Les motifs de douter et de décider sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente. On pourrait, dans l'un et l'autre cas, objecter que l'acquéreur ne possède pas l'usufruit comme séparé de la propriété, qu'il ne peut par conséquent pas l'acquérir comme un droit distinct. D'après la subtilité du droit, cela est vrai, mais nous dirons avec Pothier que la législation française n'aime pas les subtilités; il est certain que l'acquéreur a eu la jouissance de la chose, et il serait fort étrange qu'il pût acquérir la toute propriété par usucapion, et qu'il ne pût pas usucaper un démembrement de la propriété (1).

Cette seconde hypothèse diffère de la première sous plusieurs rapports. D'abord il va sans dire que l'usufruitier dont le droit se trouve prescrit aura un recours à exercer contre le nu propriétaire; en effet, c'est par le fait de celui-ci qu'il est privé de son droit; or, le nu propriétaire ne peut par son fait nuire aux droits de l'usufruitier (art. 599). Il y a une seconde différence d'après plusieurs auteurs. L'usufruit est-il éteint définitivement? ou l'exercice en est-il seulement empêché? Nous croyons que la vente suivie d'usucapion n'éteint pas le droit de l'usufruitier; il ne peut pas l'exercer, puisqu'il se trouve en face d'un tiers propriétaire qui lui opposerait l'usucapion; mais si le tiers acquéreur aliénait l'usufruit, l'usufruitier primitif ne pourrait-il pas exercer son usufruit? Son titre est antérieur à celui du second usufruitier; or, le droit réel le plus ancien l'emporte sur celui qui est constitué postérieurement. Le second usufruitier ne pourrait pas se prévaloir de l'usucapion accomplie par son auteur, car il n'a acquis qu'un démembrement de la propriété. Cela aussi est subtil; mais ici les principes sont trop certains pour que l'on puisse s'en écarter (2).

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 249, suivi par tous les auteurs.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 520, note 53. Comparez Demolombe, t. X, n 741. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 226, et Marcadé, sur l'article 624, appendice n° 1.

§ II. *Conséquences de l'extinction*

N° 1. DROITS DU PROPRIÉTAIRE.

92. Il y a deux cas d'extinction dans lesquels le propriétaire n'a aucun droit, c'est quand l'usufruit s'éteint par la perte de la chose ou par la consolidation sur la tête de l'usufruitier. Quand donc on parle des droits du propriétaire, par suite de l'extinction de l'usufruit, on suppose que la jouissance se réunit à la nue propriété. La question est de savoir comment se fait ce retour : faut-il que le propriétaire intente une action? Non; Pothier dit qu'il n'a besoin de donner aucune demande contre l'usufruitier ou ses héritiers pour rentrer dans la jouissance; il suffit qu'il leur fasse une simple sommation de délaisser l'héritage (1). C'est dire que le retour de la jouissance à la nue propriété a lieu de plein droit dès l'instant où finit l'usufruit. Le texte du code consacre implicitement la doctrine de Pothier : l'usufruit s'éteint, dit l'article 617, et il ne soumet le nu propriétaire à aucune forme, à aucune condition, pour rentrer en jouissance. Cela se conçoit. Le nu propriétaire conserve la possession pendant la durée de l'usufruit, puisque, à son égard, l'usufruitier n'est qu'un détenteur précaire (2). Il ne peut donc être tenu de former une demande quelconque pour recouvrer la possession, qu'il n'a jamais perdue. Quant à la jouissance, elle n'a été détachée de la propriété que temporairement; du moment où la jouissance de l'usufruitier cesse, celle du propriétaire recommence.

93. Il y a une conséquence certaine qui découle de ce principe; c'est que le propriétaire a immédiatement les actions possessoires, bien qu'il ne soit pas rentré en jouissance depuis un an et jour. En effet, il n'a jamais cessé de posséder. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation (3). Proudhon le critique avec une mesure qui honore

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 268.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 460, n° 365.
(3) Arrêt de cassation du 6 mars 1822 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 249).

le grand jurisconsulte : c'est, dit-il, une de ces décisions erronées qui doivent échapper, de loin en loin, aux magistrats les plus respectables, par cela seul qu'ils sont hommes (1). Imitons cette modération, car nous errons tous tant que nous sommes. Nous n'insistons pas sur l'erreur dans laquelle est tombée la cour suprême, elle est évidente.

94. La conséquence qui dérive du principe, en ce qui concerne les fruits, est tout aussi évidente. Lorsqu'il y a des fruits pendants par branches ou par racines à l'extinction de l'usufruit, ils appartiennent au propriétaire, si l'usufruitier exploitait lui-même le fonds. L'article 585 le dit, en ajoutant que c'est sans récompense des frais de labour et de semences. Quant aux fruits civils, l'usufruitier ne les acquiert qu'à proportion de la durée de son usufruit (art. 586); donc du moment où il prend fin, ces fruits appartiennent au propriétaire. C'est l'application du principe que les fruits appartiennent au maître de la chose.

95. Il suit de là que l'usufruitier ou ses ayants cause doivent restituer immédiatement la chose grevée d'usufruit. S'ils restent en possession, ils doivent compte des fruits naturels et civils qu'ils ont indûment perçus, et ils peuvent même être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu. On conclut de là qu'ils doivent les intérêts de plein droit, ceux qu'ils ont perçus, à titre de restitution, et ceux qu'ils n'ont pas perçus, à titre de dommages et intérêts. Il y a cependant des motifs de douter. Il est de principe que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Or, il n'y a pas de texte qui fasse courir les intérêts de plein droit au profit du propriétaire : ce qui semble décider la question. A cela on répond, et la réponse est péremptoire, que l'article 1153 n'est applicable qu'en matière d'obligations conventionnelles, et cela se conçoit : il a dépendu du créancier de stipuler des intérêts; s'il ne l'a pas fait, il faut naturellement qu'il les demande. On ne peut pas en dire autant en matière de droits réels; il n'y a là ni débiteur ni créancier; quand l'usufruit s'éteint,

(1) Proudhon, t. V, p. 364, n° 2572.

l'usufruitier ou ses ayants cause détiennent indûment les choses qui appartiennent au propriétaire; perçoivent-ils des intérêts, ces intérêts, comme tous les fruits, appartiennent au propriétaire; n'en perçoivent-ils pas, ils empêchent le propriétaire d'en percevoir; ils lui doivent donc des dommages-intérêts. Cela décide la question.

Il y a un autre motif de douter, c'est la tradition. Pothier enseignait que le propriétaire n'avait qu'une simple créance contre les héritiers de l'usufruitier quant aux sommes d'argent comprises dans l'usufruit, et que les héritiers ne devaient les intérêts que du jour de la demande judiciaire (1). L'autorité de Pothier a entraîné M. Demolombe; après avoir exposé les raisons décisives que nous venons de reproduire, il finit par conclure que le plus sûr serait de s'en tenir à la doctrine traditionnelle (2). Nous croyons que l'opinion de Pothier n'est d'aucun poids dans l'espèce. Le grand jurisconsulte était imbu des préjugés catholiques, en ce qui concerne l'intérêt; il le restreint, il l'écarte systématiquement, comme nous aurons occasion de le dire dans le cours de notre travail. Cette antipathie pour l'intérêt a fait place à un principe tout contraire, c'est la légitimité de l'intérêt; il faut donc laisser là la tradition, et décider la question d'après le texte et l'esprit des lois nouvelles.

96. Faut-il faire une exception à ces principes en faveur des héritiers de l'usufruitier qui jouissent d'un capital compris dans l'usufruit, de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance que leur auteur en était propriétaire? On l'admet à raison de leur bonne foi, et l'on décide en conséquence qu'ils ne devront les intérêts que du moment où leur bonne foi cessera. Il nous semble que c'est faire une fausse application des articles 549 et 550. Les héritiers de l'usufruitier n'ont pas de titre, le titre en vertu duquel ils détiennent les choses dont leur auteur jouissait les oblige, au contraire, à les restituer. De fait, ils peuvent être de

(1) Pothier, *Du douaire*, n° 287.
(2) Demolombe, t. X, p. 584, n° 637. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 521 et note 2, et les autorités qu'ils citent. Comparez, plus haut, n° 30.

bonne foi, mais ils n'ont pas la bonne foi légale qui seule donne droit aux fruits. Nous n'insistons pas, parce que nous avons déjà examiné la question (1).

97. Pothier admet une autre exception à la rigueur des principes. Quand l'usufruit porte sur une maison d'habitation, il finit de plein droit comme tout usufruit; l'usufruitier ou ses ayants cause devraient donc quitter la maison immédiatement. Cela est impossible, car d'ordinaire l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier; or, le moment de la mort est inconnu, et puis le décès impose des devoirs, il fait naître des difficultés et des embarras, au milieu desquels on ne peut pas contraindre immédiatement les héritiers à vider les lieux. Ici la tradition peut être invoquée, car c'est la voix de l'humanité toujours vivante. Mais si l'humanité commande au propriétaire de laisser les héritiers en possession pendant un certain temps, le droit, de son côté, veut que ceux qui occupent la maison d'autrui la quittent dès que la chose est possible, et qu'ils payent une indemnité pour la jouissance qu'ils ont eue. Quel est le délai après lequel le propriétaire pourra, au besoin, expulser les ayants cause de l'usufruitier? M. Demolombe cite l'article 1736 sur le bail verbal; il suffit de lire l'article pour se convaincre qu'il n'y a aucune analogie entre le bail et une occupation temporaire nécessitée par les circonstances. Il faut dire avec Pothier que le juge décidera; en effet, la loi ne prévoit pas la question, c'est donc au juge à prononcer d'après l'équité, toute cette matière reposant sur l'équité. Le propriétaire aura-t-il droit à une indemnité? Oui, et sans doute aucun; les héritiers de l'usufruitier privent le propriétaire de sa jouissance, ils lui doivent réparation de ce préjudice (2).

98. L'usufruitier doit restituer les choses dont il avait la jouissance. Quelle est l'étendue de cette obligation? à quoi l'usufruitier est-il tenu quand il ne restitue pas? Nous avons d'avance répondu à ces questions, en exposant les principes sur les droits et les obligations de l'usufruitier.

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 604, n°s 485 et suiv. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 521, note 2.
(2) Pothier, *Du douaire*, n° 268. Demolombe, t. X, p. 584, n°s 638 et 639.

Il en est de même des droits que l'usufruitier peut exercer contre le nu propriétaire, lorsqu'il a fait de grosses réparations ou des constructions. Quant aux améliorations, il n'a droit à aucune indemnité; il peut seulement enlever les ornements qu'il aurait fait placer, ainsi que les objets mobiliers qu'il a mis sur le fonds. Nous renvoyons aux explications qui ont été données sur tous ces points (1).

On sait que la jurisprudence est très-rigoureuse pour l'usufruitier; nous l'avons combattue en ce qui concerne les constructions. Il y a cependant une question sur laquelle nous devons l'approuver, quelque dure qu'elle soit. Quand la loi refuse à l'usufruitier toute indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites, quand la jurisprudence étend cette rigueur aux constructions, c'est que l'on suppose que l'usufruitier a joui des travaux qu'il a exécutés. Mais que décider si l'usufruit vient à cesser immédiatement après que l'usufruitier a fait les impenses? Il n'y a pas à hésiter, la loi ne distingue pas, et il n'est pas permis à l'interprète d'introduire une distinction dans des textes généraux. C'est une chance qui tourne contre l'usufruitier. Alors même que l'usufruit viendrait à cesser par une autre cause, quelle qu'elle soit, l'article 599 doit recevoir son application. Le mari dispose en usufruit au profit de sa femme; les héritiers réservataires, usant du droit que leur donne l'article 917, abandonnent à la femme la propriété de la quotité disponible. L'usufruit cesse alors qu'il a à peine commencé; néanmoins si l'usufruitière a fait des améliorations, elle ne pourra réclamer aucune indemnité. Cela peut être très-inique, mais l'équité doit se taire en présence de la loi. La cour de Colmar l'a décidé ainsi, et cela ne nous paraît pas douteux (2).

99. Quand l'usufruitier a fait des avances pour le nu propriétaire en acquittant des charges qui pèsent tout ensemble sur la nue propriété et sur l'usufruit, il a un recours contre le nu propriétaire, à l'extinction de l'usufruit. Ses avances produisent-elles intérêt de plein droit à partir de

(1) Les principes sont résumés dans Aubry et Rau, t. II p. 522 et 523.
(2) Colmar, 18 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 131).

ce moment, où le nu propriétaire doit-il demander les intérêts en justice? Nous venons de dire que l'article 1153 n'est pas applicable en matière de droits réels; il faut donc décider la question d'après les principes qui sont particuliers à l'usufruit. La cour de cassation a jugé que les avances faites dans le cas de l'article 612 portent intérêt de plein droit (1). Cette décision doit être généralisée; les motifs donnés par la cour s'appliquent à toutes les avances que fait l'usufruitier. Il supporte les charges à raison de sa jouissance et dans les limites de sa jouissance; dès que sa jouissance cesse, les charges retombent tout entières sur le nu propriétaire, pour les intérêts aussi bien que pour le capital. Cela est vrai du recours que l'usufruitier a du chef des grosses réparations qu'il a faites. Il y a cependant un motif de douter; la loi dit que ces réparations demeurent à la charge du propriétaire (art. 605). On pourrait donc dire que si l'usufruitier les fait, il a droit à une indemnité à partir du jour où il a avancé les frais, et par conséquent aussi aux intérêts. Dans l'opinion que nous avons enseignée quant à cette charge, cela peut se soutenir, car si le nu propriétaire est tenu des grosses réparations, l'usufruitier en les faisant paye sa dette. Dans l'opinion générale, on ne considère pas le nu propriétaire comme débiteur; si on alloue une indemnité à l'usufruitier, c'est comme gérant d'affaires; à ce titre, on doit aussi lui allouer l'intérêt de ses avances (art. 2001 et 1375); mais comme il a joui des impenses pendant l'usufruit, l'équité, fondement de son action, exige qu'il n'ait droit aux intérêts qu'à partir de l'extinction de l'usufruit. Tout cela est assez arbitraire, mais l'opinion générale, en s'écartant du texte de l'article 605, doit aboutir à l'arbitraire (2).

N° 2. EFFET DE L'EXTINCTION A L'ÉGARD DES TIERS.

100. L'usufruitier peut vendre son droit (art. 595), il peut l'hypothéquer (art. 2118). S'il le vend, l'acheteur de-

(1) Arrêt de rejet du 23 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 228) et, plus haut, n° 30.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 522 et note 7.

vient usufruitier, en ce sens qu'il exerce tous les droits de son auteur. Ces droits cessent à la mort de l'usufruitier; la vente n'a donc d'effet que pendant la durée de l'usufruit. Il en est de même de l'hypothèque; l'article 2118 dit formellement que l'usufruit ne peut être hypothéqué que pendant le temps de sa durée; l'hypothèque établie sur un droit temporaire est temporaire de son essence.

L'application du principe donne lieu à quelque difficulté. Nous venons d'examiner la question de savoir si la déchéance de l'usufruitier pour cause d'abus de jouissance entraîne l'extinction de l'hypothèque (n° 86). Les mêmes doutes existent en cas de consolidation; mais ici il y a un motif de décider qui nous semble péremptoire. La consolidation ne met pas fin, à proprement parler, au droit d'usufruit, elle en empêche seulement l'exercice. De là suit que l'usufruit n'est éteint qu'à raison de l'impossibilité où se trouve l'usufruitier de l'exercer, et dans les limites de cette impossibilité. Cela n'a rien de commun avec l'hypothèque; il n'est pas impossible que le créancier hypothécaire exerce son droit sur la chose qui lui a été donnée en hypothèque. Vainement dirait-on que cette chose n'existe plus, puisque l'usufruit est éteint : on répond que la consolidation n'éteint pas l'usufruit d'une manière absolue; la chose subsiste à l'égard du créancier, donc aussi l'hypothèque (1).

Dans les cas où l'usufruit est résolu, révoqué ou annulé avec effet rétroactif, il va sans dire que l'hypothèque aussi tombe : c'est l'application du principe élémentaire en vertu duquel les droits consentis par un propriétaire dont le titre est anéanti rétroactivement tombent avec le droit du constituant.

101. Que faut-il décider des baux consentis par l'usufruitier? Nous n'entendons pas parler des baux faits dans les limites tracées par la loi; ils subsistent après l'extinction de l'usufruit. Si l'usufruitier a dépassé la loi, le bail qu'il aura fait ne liera pas le nu propriétaire. Il y a excep-

(1) Demolombe, t. X, p. 743, nos 747 et 748. Voir les opinions diverses dans Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, nos 803 et suiv.

tion à ce principe, en cas de consolidation et de déchéance pour cause d'abus. Quant à la consolidation, il faut appliquer le principe que nous venons de poser : elle n'a aucun effet à l'égard des tiers, elle laisse donc subsister le bail aussi bien que l'hypothèque. En cas d'abus, le bail subsiste également, car la déchéance n'opère pas rétroactivement; donc tous les actes faits par l'usufruitier subsistent; or, il avait le droit de donner à bail sans aucune limitation, pendant la durée de sa jouissance; l'abus qu'il fait de sa jouissance ne peut pas enlever au fermier un droit que celui-ci tient de son bail. Vainement voudrait-on assimiler le fermier à un créancier et lui donner seulement le droit d'intervenir dans l'instance; la question est tout autre pour le fermier et pour les créanciers. Pour le fermier, il s'agit de savoir si l'usufruitier avait le droit de consentir le bail, et si ce droit doit être maintenu. Quant aux créanciers, leur droit dérive de l'article 1166; il est étranger aux actes faits légitimement par l'usufruitier (1).

(1) Demante, t. II, p. 546, n° 462 *bis* II. Demolombe, t. X, p. 706, n° 749.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

---

§ Ier. *Notions générales.*

102. L'usage, tel qu'il est réglé par le code Napoléon, n'a rien de commun avec le droit qui porte le même nom chez les Romains; les auteurs du code l'ont emprunté à la tradition française. Domat formule avec sa netteté habituelle les principes de l'ancien droit : « L'usage est distingué de l'usufruit en ce que, au lieu que l'usufruit est le droit de jouir de tous les fruits et revenus que peut produire le fonds qui y est sujet, l'usage ne consiste qu'au droit de prendre sur les fruits du fonds la portion que l'usager peut en consommer, selon ce qui en est nécessaire pour sa personne, ou réglé par son titre; le surplus appartient au maître du fonds (1). » Le code a reproduit ce principe (art. 630). On peut donc dire que l'usage est un usufruit limité aux besoins de l'usager, c'est-à-dire un usufruit véritable, moins l'étendue (2). En effet, le code civil assimile en tout l'usage et l'usufruit. Ils s'établissent et se perdent de la même manière (art. 625). L'usager doit, comme l'usufruitier, donner caution et faire des états et inventaires (art. 626). Il est tenu de jouir en bon père de famille (art. 627) ; il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions, comme l'usufruitier (art. 635). Il n'y a de différence entre les deux droits qu'en ce qui concerne leur étendue : l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits (art. 582), tandis que l'usager ne peut en exiger qu'autant qu'il lui

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XI, section II, article I.
(2) Ce sont les expressions de Demolombe, t. X, p. 713, nº 752.

en faut pour ses besoins et ceux de sa famille (art. 630). Il résulte de là d'autres différences entre l'usage et l'usufruit, que nous signalerons.

Quant à l'habitation, Domat enseignait « qu'elle est pour les maisons ce que l'usage est pour les autres fonds (1). » C'est dire qu'il n'y a qu'une différence de nom entre les deux droits, au moins quand l'usage a pour objet des immeubles. L'habitation est nécessairement un droit immobilier, tandis que l'usage peut être mobilier ou immobilier. Du reste les dispositions du code relatives à l'habitation ne font que reproduire les principes établis pour l'usage (art. 632-634). Le législateur français a donc tort de distinguer ces deux droits. Nous ne parlerons que de l'usage ; et ce que nous en dirons s'applique à l'habitation : il n'y a que le nom à changer.

103. L'usage est donc un droit réel. C'est ce qui le distingue d'un droit avec lequel il a du reste une grande analogie quant au but, la créance alimentaire. D'ordinaire le droit d'usage est un acte de bienfaisance; il est établi pour assurer des moyens de subsistance à un parent, à un ami; voilà pourquoi il est limité aux besoins de l'usager. Les aliments donnés ou légués ont le même but. Mais les deux droits diffèrent du tout au tout, quant aux principes qui les régissent : l'usage est un droit réel, tandis que la donation ou le legs d'aliments ne confère au donataire ou au légataire qu'une créance contre le débiteur des aliments. Il faut donc se garder, comme on le fait parfois, d'appliquer à l'usage les règles qui concernent les aliments : c'est confondre le droit réel et le droit de créance. Les aliments sont toujours un droit mobilier, parce qu'ils ont pour objet une chose mobilière ; l'usage, au contraire, est presque toujours immobilier, parce que le plus souvent il est constitué sur des immeubles. De là suit que le droit d'usage doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers, comme tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. (Loi hypothécaire belge, art. 1.) Il ne peut être ques-

(1) Gary, l'orateur du Tribunat, reproduit cette proposition. « L'habitation, dit-il, n'est autre chose que l'usage d'une maison. Toutes les règles relatives à l'usage sont donc applicables à l'habitation. »

tion de transcrire l'acte qui accorde une pension alimentaire, alors même que la créance serait garantie par une hypothèque.

L'usage est une servitude personnelle aussi bien que l'usufruit; on peut lui appliquer la définition que le code donne de l'usufruit : c'est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété. Cette servitude est personnelle, parce que la charge qui grève le fonds servant est établie au profit d'une personne et non au profit d'un fonds. L'usage est une servitude plus personnelle encore que l'usufruit, puisqu'elle est limitée aux besoins de l'usager, à ce point qu'il ne peut louer ni céder son droit à un autre (art. 631 et 634); tandis que l'usufruitier peut céder ou louer son droit. Nous reviendrons sur cette différence.

L'usage peut aussi être une servitude réelle; nous en verrons des exemples au titre des *Servitudes*. Il y a une grande différence entre l'usage servitude personnelle et l'usage servitude réelle; le premier s'éteint par la mort de l'usager, l'autre est perpétuel comme toute servitude. Il va sans dire que lorsque l'usage est une servitude réelle, il faut que l'usager possède un fonds au profit duquel l'usage est établi, puisqu'il n'y a pas de servitude sans un fonds dominant. Quand l'usage est une servitude personnelle, il est dû à la personne, sans que cette personne ait besoin d'un fonds auquel le droit soit attaché (1).

104. Il y a un droit d'usage tout particulier : aux termes de l'article 636, « l'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières (2). » Cet usage consiste d'ordinaire dans le droit accordé aux habitants d'une commune de prendre dans une forêt le bois nécessaire pour leur chauffage, parfois pour la confection des instruments d'agriculture, et pour la construction ou les réparations d'une maison. L'usage donne encore aux habitants le droit d'introduire dans la forêt un certain nombre de porcs qui s'y nourrissent de glands et de faînes : c'est ce qu'on appelle le *panage*. Enfin les usagers ont aussi le droit de pâtu-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. V, p. 49, n° 33.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 163, n° 243.

rage, c'est-à-dire le droit de faire paître dans une forêt un certain nombre de chevaux ou de bêtes *aumailles*, bœufs, vaches et veaux, à l'exclusion des chèvres et des bêtes à laine. Ces droits d'usage dans les bois et forêts remontent au moyen âge ; pour peupler leurs domaines, les seigneurs accordèrent des avantages aux habitants, des droits qui pourvoyaient à une partie de leurs besoins, le logement et le chauffage : c'était nécessité au moins autant que bienfaisance, ou prudente politique, car les malheureux serfs n'avaient guère que le strict nécessaire pour vivre. Les droits d'usage dans les bois et forêts sont une servitude très-gênante pour les propriétaires, et une source incessante de conflits et de procès. Pour y mettre une fin, la loi donne aux propriétaires le droit de cantonnement, ce qui leur permettait de convertir le droit d'usage en un droit de propriété sur une portion déterminée du fonds usager. Cette matière est réglée par le code forestier, auquel nous renvoyons, les lois spéciales n'entrant pas dans les limites de notre travail (1).

§ II. *Comment s'établit le droit d'usage.*

105. L'article 625 dit que les droits d'usage et d'habitation s'établissent de la même manière que l'usufruit. Ce que nous avons dit de l'établissement de l'usufruit s'applique donc au droit d'usage. Il y a cependant une différence. Aux termes de l'article 579, l'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme. Il y a un usufruit légal : y a-t-il aussi un usage établi par la loi? Nous laissons de côté les droits d'usage dans les bois et forêts, qui ont leur première origine dans les coutumes. On demande si le code civil établit un usage légal, comme il établit un usufruit légal. Il y a des auteurs qui prétendent que les articles 1465 et 1570 consacrent un usage légal. La femme commune en biens a droit, quand la communauté est dissoute par la mort de son mari, de prendre sa nourriture

(1) La dernière loi est celle du 19 décembre 1854.

sur la masse commune pendant le délai de trois mois et quarante jours qui lui est accordé pour faire inventaire et délibérer. L'article 1465 ajoute qu'elle ne doit aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ce délai, dans une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari; si la maison qu'habitaient les époux était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera pas au payement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse. Nous avons transcrit l'article, parce qu'il suffit de le lire pour se convaincre que la loi n'établit pas au profit de la femme une servitude d'usage. Elle donne deux droits à la femme. D'abord un droit aux aliments. C'est une créance alimentaire, bien différente, comme nous venons de le dire, d'un droit réel; les termes de l'article le prouvent : la femme prend ses aliments sur les provisions existantes et, à défaut, par *emprunt* au compte de la masse commune. Faut-il demander si un emprunt est un droit réel? Or, l'emprunt est mis sur la même ligne que le droit de prendre les aliments en nature sur les provisions existantes : donc l'une et l'autre voie de procurer les aliments à la femme sont une créance. Cela n'est guère contesté. Est-ce que l'habitation que le code accorde à la veuve aurait les caractères d'un droit réel? Il y a un cas dans lequel la négative est évidente. Les époux occupaient une maison à titre de loyer; en quoi consiste alors le droit de la femme? Elle ne contribuera pas au payement du loyer, dit l'article 1465; comment y aurait-il un droit réel là où tout est droit de créance? Si la femme occupe une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers, quel sera le droit de la femme? Elle ne doit aucun *loyer*, dit le texte. Encore une fois une expression qui indique un droit de créance : la femme est locataire, sans être tenue de payer un loyer. Du reste, il n'y a pas un mot dans l'article 1465 qui puisse faire soupçonner que la femme soit tenue des obligations et des charges de l'usager. Donc c'est une simple créance alimentaire que la loi lui accorde pendant quelques mois.

Il en est de même du droit que la loi donne à la veuve qui était mariée sous le régime dotal. Aux termes de l'arti-

cle 1570, elle a le choix d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir des aliments pendant ce temps aux dépens de la succession du mari. Quel que soit son choix, elle a droit à l'habitation et aux habits de deuil; c'est la succession qui supporte les frais, sans imputation sur les intérêts qui lui sont dus. Il va sans dire que les intérêts de la dot sont une créance purement personnelle. Eh bien, la loi met sur la même ligne les aliments que la succession du mari doit fournir à sa veuve : voilà bien une créance alimentaire. Est-ce que l'habitation que les héritiers du mari doivent à la femme serait un droit réel? La loi, encore une fois, met l'habitation et les habits de deuil sur une même ligne; et les habits de deuil ne forment certes pas un droit réel. Du reste l'article 1570 pas plus que l'article 1465 ne fait la moindre allusion aux obligations et aux charges qui incomberaient à la femme si elle était usagère. Le seul but que le législateur ait eu dans les deux cas, c'est d'assurer la vie de la femme; pour atteindre ce but, une simple créance, sans charge aucune, sans obligation, était certes préférable à un droit réel dont les bénéfices pourraient être absorbés par les charges. La question est cependant controversée. On objecte que l'article 625 combiné avec l'article 579 implique qu'il doit y avoir un usage légal; or, les articles 1570 et 1465 sont les seuls qui établissent un usage ou une habitation, ce qui semble décisif. Nous répondons que l'article 625 suppose seulement qu'il peut y avoir un usage légal, mais une supposition n'est pas une loi. Il n'y a pas d'usage légal sans loi; or, il n'y a pas de loi qui établisse un usage à titre de droit réel. Cela décide la question (1).

106. L'usage peut-il s'établir par la prescription? En principe, toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent s'acquérir par prescription; il faudrait donc une disposition expresse qui fît exception au droit commun pour que l'usage ne pût pas être usucapé. Or, il n'y a pas d'exception; l'article 625 implique, au contraire, que l'usage,

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 531 et note 1, et les autorités en divers sens qui y sont citées.

de même que l'usufruit, peut être établi par usucapion. Ce point n'est guère douteux. Mais il y a quelque difficulté sur les conditions requises pour qu'il y ait usucapion. Il n'y a pas de prescription acquisitive sans possession. Si c'est l'usager qui possède, il est certain qu'il prescrira, d'après le droit commun, soit par l'usucapion de dix ou vingt ans, soit par la prescription de trente ans. Mais que faut-il décider si c'est le propriétaire qui possède et qui jouit en fournissant à l'usager les fruits auxquels celui-ci a droit? Est-ce que celui qui reçoit les fruits possède? La question est douteuse pour l'usager : il n'a pas le droit de louer, il ne possède donc jamais par l'intermédiaire du fermier. Mais ne peut-on pas dire que le propriétaire possède au nom de l'usager? et cette possession ne doit-elle pas profiter à celui-ci? C'est l'opinion de Duvergier et de Demolombe, et c'est la bonne, à notre avis (1).

107. Nous avons enseigné que l'usufruit est un droit essentiellement viager, qu'il s'éteint nécessairement par la mort de l'usufruitier, et après trente ans, lorsqu'il est accordé à une personne morale (n°s 51, 53). En est-il de même de l'usage? En principe, il faudrait répondre négativement. En effet, l'usager, en général du moins, n'absorbe pas tous les fruits du fonds, il n'en prend qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Donc le motif pour lequel l'usufruit ne peut être constitué à perpétuité n'existe pas pour l'usage : la propriété ne deviendrait pas inutile pour être grevée d'un droit d'usage. Ce qui le prouve, c'est l'usage des bois et forêts, il est perpétuel, sans que l'on puisse dire que le droit de propriété soit annulé. Mais l'application du principe n'est pas sans difficulté. Supposons d'abord que l'usage soit constitué à titre gratuit; ce sera le cas le plus fréquent, puisque c'est d'ordinaire un acte de bienfaisance : le donataire ou le légataire devra être conçu au moment du contrat ou à la mort du testateur; on ne pourrait donc pas constituer l'usage pour l'usager et tous ses descendants. Reste l'établissement

(1) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 199, note. Demolombe, t. X, p. 720, n° 760. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 531 et note 2, et les auteurs qu'ils citent.

de l'usage à titre onéreux. Peut-on par convention stipuler le droit d'usage pour l'usager et ses héritiers à perpétuité? Aux termes de l'article 1122, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers. Nous avons enseigné que cette disposition ne pouvait être invoquée en matière d'usufruit, parce que l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers (1). Si l'on admet que l'usage est transmissible, rien n'empêche de le stipuler en faveur de l'usager et de ses descendants. Il faudra une clause expresse, car de droit commun l'usage s'éteint par la mort de l'usager. Si l'usage comprenait tous les fruits du fonds, ce serait un véritable usufruit, et par conséquent il faudrait appliquer les principes que nous venons de rappeler (2).

§ III. *Droits de l'usager.*

108. L'article 628 pose un premier principe : « Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue. » Cette disposition est d'une grande importance. Elle ne signifie pas seulement que les parties intéressées peuvent déroger aux règles que le code Napoléon établit sur le droit d'usage. Cela est de droit pour l'usage aussi bien que pour l'usufruit ; le législateur n'avait donc pas besoin de le dire (3). L'article 628 a une portée plus grande. Le code n'admet pas de servitudes personnelles ; il donne aux propriétaires une liberté presque illimitée d'établir en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, « pourvu, dit-il, que ces services ne soient pas imposés en faveur de la personne » (article 586). Il faut cependant faire une exception à cette prohibition pour les trois servitudes que le code civil maintient : l'usufruit, l'usage et l'habitation. Et cette exception n'est pas limitée à l'usufruit et à l'usage, tels qu'ils sont formulés par la loi ; les parties ont, en matière d'usage, la même

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 446, n° 354.
(2) Duranton, t. V, p. 24, n° 14, et p. 46, n° 31. Proudhon, t. VI, p. 55, n° 2795.
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 446, n° 354.

latitude que l'article 686 leur accorde en matière de servitude réelle. Nous aboutissons à la conséquence que toute espèce d'usage que le propriétaire a le droit de faire de sa propriété peut en être détaché, à titre de servitude personnelle. On appelle d'ordinaire les droits d'usage, autres que celui que la loi organise, des usages *irréguliers* : l'expression n'est pas exacte. En effet, elle semble dire que ce sont des exceptions à la règle, tandis que ce sont plutôt des applications de la règle écrite dans l'article 628. C'est en vertu de ce principe que nous avons décidé que le droit de chasse peut être démembré de la propriété, à titre de droit d'usage, c'est-à-dire comme servitude personnelle (1). Il est vrai que ce droit n'a plus rien de commun avec l'usage réglé par le chapitre II du titre de l'*Usufruit*. Mais l'article 628 ne dit pas que l'usage que les parties peuvent établir doive être l'usage tel que le code l'organise, sauf avec des modifications; il dit en termes absolus que c'est le titre qui règle le droit d'usage; donc il dépend des parties de démembrer de la propriété toute espèce d'usage pour en faire une servitude personnelle.

Cette interprétation est généralement admise, et comme un point hors de doute, car on ne la discute même pas. Il y a cependant un motif sérieux de douter; c'est que le mot d'*usage* avait un sens précis dans le droit ancien, celui d'un usufruit limité aux besoins de l'usager; c'est de ce droit que traite le chapitre II de notre titre. Or, il est bien évident qu'il y a des usages, tels que le droit de chasse, qui n'ont rien de commun avec les besoins de l'usager. On pourrait donc objecter à l'opinion générale qu'elle dépasse la volonté du législateur. Ce qui nous engage à l'admettre, c'est qu'elle est en harmonie avec un principe qui domine la matière des droits réels. Nous avons enseigné, d'accord avec la jurisprudence, que les propriétaires peuvent établir d'autres droits réels que ceux qui sont consacrés par le code Napoléon. Leur liberté n'est limitée que par la prohibition de créer des servitudes personnelles; mais

(1) Comparez Demolombe, t. XII, p. 190, n° 687; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 228, n° 331.

cette limitation n'est pas absolue, puisque les auteurs du code ont maintenu les servitudes personnelles les plus usitées, et ont permis aux parties intéressées d'établir tels droits d'usage que bon leur semble. De cette manière on concilie l'article 686 avec le principe qui permet au propriétaire de disposer de sa chose de la manière la plus absolue. L'interprétation très-large que nous donnons à l'article 628 est aussi fondée en raison. Le maître d'un héritage peut en tirer tout le profit, tout l'agrément que la nature de la chose comporte; il peut aussi démembrer ce droit d'user et de jouir, en constituant un droit d'usufruit; il peut établir un usufruit réduit aux besoins de l'usager; pourquoi ne pourrait-il pas constituer un usage plus réduit encore, limité à tel ou tel émolument que procure le fonds? Ainsi le droit de chasser est compris dans l'usufruit : pourquoi ne pourrait-il pas faire l'objet d'une concession spéciale, de même que le maître peut concéder le droit de prendre tels produits dans un bois? Dès que l'on admet que le droit d'user peut être détaché de la propriété, il n'y a plus de raison de limiter les concessions qu'il convient au propriétaire d'accorder. Il peut le plus en constituant un usufruit; donc il peut le moins en établissant un droit d'usage quelconque à titre de droit réel.

109. Lorsque le titre ne s'explique pas sur l'étendue des droits d'usage et d'habitation, ils sont réglés d'après les dispositions du code civil. Les articles 630 et 633 établissent la règle générale : « Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. » « Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit a été concédé et de sa famille. » L'application de cette règle ne donne lieu à aucune difficulté quand il s'agit du droit d'habitation. Il n'en est pas de même quand l'usage porte sur un fonds produisant des fruits. L'article 630 peut être entendu de deux manières différentes : d'une manière restrictive, en ce sens que l'usager ne peut prendre que les fruits qui lui sont nécessaires; d'une manière extensive, en ce sens qu'il peut prendre tous les fruits dont il a besoin pour vivre, soit en les con-

sommant, soit en vendant ceux qu'il ne consomme pas, pour se procurer d'autres fruits qui lui sont également nécessaires et que le fonds ne produit pas. On s'accorde à interpréter la loi dans le premier sens; cela est conforme au texte et à l'esprit de la loi. Le fonds grevé du droit d'usage est ensemencé en grains; que dit l'article 630? L'usager ne peut exiger que la partie de ces grains qui lui est nécessaire pour ses besoins, c'est-à-dire pour sa consommation. Il n'a pas droit aux fruits qu'il ne consomme pas. Lui donner au delà de ce qu'il lui faut pour ses besoins, c'est dépasser le texte. Cette interprétation extensive serait aussi contraire à l'esprit de la loi. L'usage n'est pas une créance d'aliments; le but n'est pas de donner à l'usager tout ce qu'il lui faut pour vivre. Il a un droit réel, droit limité aux fruits du fonds, et à cette partie des fruits qui est nécessaire à sa consommation; le reste appartient au propriétaire (1).

110. Le droit d'usage est établi non-seulement pour l'usager, mais aussi pour sa famille; l'article 630 le dit pour l'usage d'un fonds, et l'article 633 le dit de l'usage d'une maison. Il n'y a pas à distinguer si la famille existait déjà lors de l'établissement du droit d'usage, ou si elle est survenue depuis. L'article 632 est formel; il porte que celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné. Ce que la loi dit de l'habitation s'applique aussi à l'usage, puisque les deux droits sont identiques. C'est dans le même esprit que l'article 630 décide que « l'usager peut exiger des fruits pour les besoins mêmes des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage, » sans distinguer si l'usager était déjà marié lors de l'ouverture de son droit, ou s'il ne l'était pas. La loi est fondée sur l'intention du constituant; il veut pourvoir aux besoins de l'usager; serait-ce les satisfaire que de lui refuser les fruits qui sont nécessaires à sa femme et à ses enfants?

(1) Proudhon, t. VI, p. 31-33, n°s 2770 et 2771. Aubry et Rau, t. II, p. 532. Demolombe, t. X, p. 732, n° 772.

Que faut-il entendre par le mot famille? Comme il s'agit des besoins de première nécessité, il faut dire que la famille comprend tous ceux qui ont le droit de manger à la table de l'usager. Il n'y a aucun doute quant au conjoint et aux enfants, puisque la loi le dit (art. 630 et 632). Faut-il que les enfants soient légitimes? La loi ne l'exige pas, et gardons-nous d'être plus sévères que le législateur; il ne s'agit pas ici d'une question de morale; sans doute, il ne faut pas encourager l'inconduite, mais il ne faut pas non plus refuser le pain à l'enfant malheureux qui doit le jour à la faute de son père. Les domestiques sont compris dans la famille, si l'usager est d'une condition telle qu'il lui faille un domestique. On demande si l'usager a aussi le droit de réclamer des fruits pour les parents ou alliés auxquels il doit des aliments. Il nous semble que l'affirmative n'est pas douteuse, si les aliments sont fournis en nature au domicile de l'usager; le père, le beau-père mange à la table de l'usager, donc il fait partie de la famille. Et le motif de décider n'est-il pas le même, si les aliments sont fournis sous forme de pension? La pension ne tient-elle pas lieu des fruits qui seraient consommés à la table de l'usager? celui à qui il doit les aliments n'a-t-il pas le droit de s'asseoir à sa table? Sans doute, le père, légalement, n'est pas dans la famille du fils; c'est le fils qui est dans la famille du père. Mais il ne s'agit pas ici de droit, il s'agit d'humanité. Et même au point de vue du droit strict, peut-on refuser au père le pain qu'il aurait le droit de manger à la table de son fils (1)?

Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *besoins*. C'est toujours une question de fait, les besoins étant essentiellement relatifs; ils sont plus ou moins grands d'après la condition sociale des hommes qui leur crée des besoins factices. L'orateur du Tribunat l'a dit : « Les besoins se règlent sur la fortune et les habitudes de l'usager (2). »

(1) Les opinions des auteurs sont partagées sur ces divers points. Voyez Proudhon, t. VI, p. 35, nos 2775 et suiv.; Aubry et Rau, t. II, p. 532, et notes 5-9; Demolombe, t. X, p. 737, nos 776 et suiv.; Genty, *De l'usufruit*, p. 283, no 341; Duranton, t. V, p. 29, no 19.

(2) Gary, Discours, no 31 (Locré, t. IV, p. 142); Proudhon, t. VI, p. 34, no 2774; Demolombe, t. X, p. 744, no 783.

Les besoins sont aussi variables de leur nature ; de là suit qu'à la différence du droit de l'usufruitier qui est toujours le même, en ce sens qu'il prend tous les fruits, l'usager en prend plus ou moins, selon que sa famille et ses besoins augmentent ou diminuent. Sous ce rapport, le droit d'usage ressemble à la créance alimentaire, dont il est traité dans les articles 205-211.

111. L'usager a-t-il le droit de jouir lui-même comme l'usufruitier? ou est-ce le propriétaire qui jouit, qui perçoit les fruits et remet à l'usufruitier ce qu'il lui faut pour ses besoins et ceux de sa famille? La question est controversée, et les textes laissent quelque doute. Il y en a qui impliquent le droit de jouir. L'article 626 dit que l'usager ne peut *jouir* de son droit, *comme dans le cas de l'usufruit*, sans donner préalablement *caution* et sans faire des *états* et *inventaires*. A quoi bon l'inventaire des meubles et l'état des immeubles, si l'usager ne jouit pas et si par conséquent il n'a rien à restituer? A quoi bon la caution, si l'usager reçoit les fruits des mains du propriétaire, sans posséder ni jouir? L'article 627 dit formellement que l'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille; donc ils jouissent eux-mêmes. Pour celui qui a un droit d'habitation, cela est plus qu'évident, car son droit consiste à « demeurer dans la maison avec sa famille » ainsi que le dit l'article 632. L'article 631 défend à l'usager de céder et de louer son droit à un autre. Preuve qu'il est en possession et qu'il jouit : pourrait-il céder ou louer une jouissance qu'il n'a pas? Enfin l'article 635 soumet l'usager à des charges qui n'auraient pas de sens, s'il n'avait pas la possession et la jouissance. Il est tenu des réparations d'entretien; peut-il être tenu de réparer s'il ne jouit pas (1)?

Il y a d'autres dispositions qui semblent décider que la jouissance appartient au nu propriétaire. En quoi consiste le droit de l'usager? L'article 630 dit et répète qu'il ne peut *exiger* les fruits du fonds qu'autant qu'il lui en faut pour

(1) Voyez, en ce sens, Aubry et Rau, t. II, p. 534 et note 13, et les auteurs qui y sont cités.

ses besoins et ceux de sa famille. Le mot *exiger* implique une demande, une action ; donc l'usager doit demander au nu propriétaire les fruits qui lui sont nécessaires. N'est-ce pas dire clairement qu'il ne jouit pas lui-même? L'article 635, que l'on cite pour l'opinion contraire, témoigne contre ceux qui l'invoquent ; il dit que l'usager est assujetti aux frais de culture : cela implique qu'il doit les payer au propriétaire, de même qu'il lui doit compte des contributions que celui-ci paye. Dit-on de celui qui cultive dans son intérêt qu'il est assujetti aux frais de culture? Si l'usager jouissait, s'il cultivait, ce serait naturellement à lui à avancer les frais, et s'il ne doit pas les supporter intégralement, il aurait un recours contre le propriétaire, tandis que la loi donne de ce chef une action au propriétaire contre l'usager : preuve que c'est le propriétaire qui possède et qui jouit (1).

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la première opinion, celle qui donne à l'usager le droit de jouir. Il y a des articles entiers qui n'ont de sens que si l'on reconnaît à l'usager le droit de jouir : ce sont les dispositions des articles 626, 627 et 631 que nous venons d'analyser. Pour l'opinion contraire, on cite quelques expressions qui peuvent très-bien s'expliquer dans un autre sens. Le mot *exiger* est synonyme du mot *prendre* dont se sert l'article 635, et *prendre* ne veut pas dire *demander*; on *prend* sans rien demander ce qu'on a le droit de prendre. Donc l'usager a un droit direct sur les fruits, partant il possède, il cultive et il jouit. Si l'article 635 l'assujettit aux frais de culture, c'est pour marquer qu'il est tenu des mêmes charges que l'usufruitier, quand ce sont des charges qui pèsent sur les fruits. Ce qui nous paraît décisif, c'est que l'usage, d'après la tradition et d'après le code civil, est un usufruit limité aux besoins de l'usager ; c'est donc un droit de jouissance, droit que l'usager exerce dans la chose de même que l'usufruitier. L'opinion contraire réduit le droit réel immobilier de l'usager à un droit mobilier, à une créance d'aliments.

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 157 et suiv., nos 235, 237 et 240.

112. Notre opinion est assez généralement suivie, dans le cas où l'usager absorbe tous les fruits du fonds. Mais il y a quelque difficulté quand il n'en prend qu'une partie, et surtout quand cette partie est la moins considérable. Ici les auteurs se divisent. L'un prétend qu'il faut laisser la jouissance au propriétaire; un autre dit qu'il y a lieu de partager la jouissance; un troisième enseigne que les tribunaux décideront d'après les circonstances, soit en partageant la jouissance, soit en abandonnant la jouissance au propriétaire, avec charge de fournir les fruits à l'usager (1). Il est certain que l'usager a le droit de jouir, d'après ce que nous venons de dire. Et quand il n'absorbe pas tous les fruits, il est tout aussi certain que le propriétaire a également le droit de jouir, en vertu de son droit de propriété. Il y a donc deux droits en présence; il faut les concilier et non les sacrifier l'un à l'autre. Or, c'est sacrifier le droit de l'usager que de dire que le propriétaire aura la jouissance exclusive; et c'est encore le sacrifier que de permettre aux tribunaux de priver l'usager d'un droit qu'il tient de son titre et de la loi. Si l'usager et le propriétaire ne parviennent pas à s'entendre, il faudra bien que le juge décide la contestation, mais nous ne lui reconnaissons pas de pouvoir discrétionnaire; il est en face de deux droits qu'il est obligé de respecter; il faut donc qu'il partage la jouissance entre le propriétaire et l'usager. Ce partage peut ne pas être sans inconvénients; c'est aux parties intéressées à les prévenir par un accord, et si elles ne s'entendent pas, elles doivent supporter les conséquences de leur fait.

113. Nous disons que l'usager a le même droit de jouissance que l'usufruitier. Il y a cependant une différence notable. Aux termes de l'article 631, « l'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre, » tandis que « l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit » (art. 595). Il est difficile de donner une bonne raison de cette différence qui existe entre des droits identiques au

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 534, note 14.

fond. On dit que le droit d'usage ayant pour objet d'assurer la subsistance de l'usager, le meilleur moyen d'atteindre ce but est de défendre à l'usager de transmettre son droit à un tiers (1). La raison n'est pas concluante ; il eût suffi de prohiber la cession à titre gratuit ; si l'usager vend, il touche le prix, et peut employer ce prix à ses besoins. Il y a un droit qui tient aussi de la créance alimentaire, c'est la rente viagère ; cependant le rentier peut la céder. On permet à l'usager d'aliéner les fruits ; pourquoi lui défendre de vendre le droit qui produit les fruits ? Domat donne une autre raison : « Le droit d'usage, dit-il, s'il passait à un autre, pourrait être plus à charge ou plus incommode au propriétaire (2). » A charge, non, car il va sans dire que le cessionnaire n'aurait droit aux fruits que dans la limite des besoins du cédant. Il y aurait des embarras, précisément parce que les besoins de l'usager varient chaque année ; mais des embarras ne sont pas une raison pour mettre un droit hors du commerce. Peut-être est-ce l'influence de la tradition qui a entraîné le législateur : le droit d'usage n'était pas transmissible d'après le droit romain, mais le droit d'usage n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à Rome (3).

114. Si l'usager vendait son droit, quel serait l'effet de la vente ? Il faut décider que la vente serait nulle, et même nulle d'une manière absolue, puisque la loi met le droit d'usage hors du commerce ; de sorte que toutes les parties intéressées pourraient se prévaloir de la nullité (4). De là suit que les créanciers de l'usager ne peuvent pas saisir le droit d'usage, car la saisie conduirait à la vente, et le code dit que l'usager ne peut pas céder son droit à un autre. Lorsque l'usage est constitué à titre gratuit, cela ne fait pas de difficulté, car la loi a surtout cet usage en vue quand elle déclare le droit incessible. Il y a quelque doute lorsque l'usage est établi à titre onéreux. En général, personne ne peut soustraire ses biens à l'action de ses

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 160, n° 238.
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XI, sect. VI, art. 4.
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 744, note.
(4) Comparez Demolombe, t. X, p. 749, n° 788.

créanciers, puisqu'ils sont leur gage; le propriétaire ne peut donc faire aucune convention qui rende ses biens insaisissables. Dans l'espèce, il y a exception à ce principe, à raison de la nature du droit d'usage : la loi déclarant d'une manière absolue que l'usager ne peut pas vendre, on ne conçoit pas comment les créanciers pourraient saisir (1).

Un arrêt de la cour d'Aix a admis une exception à ce principe, en faveur du propriétaire qui serait créancier de l'usager. La cour se fonde sur le motif qui a fait déclarer le droit d'usage intransmissible. Elle dit que si l'usager ne peut pas céder son droit, c'est uniquement en faveur du propriétaire, et elle en conclut que l'on ne peut opposer au propriétaire une disposition qui n'a été introduite qu'en sa faveur (2). Cela est très-douteux. Nous venons de dire que les véritables motifs de l'article 631 sont difficiles à préciser; il faut donc laisser là les motifs pour s'en tenir au texte; or, l'article 631 est absolu, et l'article 634 l'est encore plus, il porte que « le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué (3).

Une autre conséquence découle du principe établi par les articles 631 et 634, c'est que le droit d'usage ne peut être hypothéqué. La garantie du créancier hypothécaire consiste dans le droit qu'il a de faire vendre la chose hypothéquée, pour être payé de préférence aux autres créanciers. On ne conçoit donc pas d'hypothèque sur une chose qui ne peut être vendue (4).

115. Le titre constitutif de l'usage peut-il déroger à ces principes? Il y a quelque doute. On pourrait dire que le droit d'usage, tel qu'il est formulé par le code, est attaché à la personne de l'usager, que par conséquent la nature du droit s'oppose à ce qu'il soit transmis. L'opinion contraire est cependant plus généralement admise, et nous croyons qu'elle est mieux fondée. A vrai dire, l'usage n'est

(1) C'est l'opinion générale. Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 533, note 10.
(2) Aix, 4 février 1853 (Dalloz, 1854, 5, 696).
(3) Demolombe, t. X, p. 750, n° 789.
(4) Duranton, t. V, p. 33, n° 23.

pas plus personnel que l'usufruit; bien qu'il soit limité aux besoins de l'usager, on conçoit que le titre lui donne le droit de vendre. Si le constituant n'a d'autres biens que des vignobles, et s'il donne à l'usager un droit d'usage sur un vignoble, n'est-il pas rationnel qu'il lui permette de vendre son droit afin de le mieux utiliser pour ses besoins? La vente lui donnera un revenu assuré, tandis que le revenu des vignobles est très-chanceux. Si l'on admet que le droit d'usage puisse être déclaré transmissible, la conséquence en sera que le droit pourra être saisi et hypothéqué (1). A notre avis, l'article 628 décide la question; il permet aux parties intéressées de stipuler le droit d'usage, avec telle étendue qu'elles veulent, et ce n'est que dans le silence du titre que l'on doit appliquer les dispositions du code qui règlent les droits de l'usager (art. 629). Donc l'article 631, qui défend de céder le droit d'usage, n'est qu'une disposition fondée sur l'intention présumée des parties contractantes, ce qui prouve qu'elles y peuvent déroger.

Faut-il admettre une autre exception dans le cas où l'usager absorberait tous les fruits du fonds? On pourrait dire que dans ce cas l'usage est un vrai usufruit, et que l'usager doit avoir les mêmes droits que l'usufruitier. Mais la raison de décider se trouve dans les dispositions absolues des articles 631 et 634. D'ailleurs, comme le dit très-bien M. Demolombe, les droits de l'usager restent toujours subordonnés à ses besoins; ils sont donc toujours variables; aujourd'hui il absorbe tous les fruits, demain il pourra n'avoir droit qu'à une partie (2).

116. On demande si l'usager peut disposer des fruits qu'il perçoit dans la limite de son droit, ou s'il est obligé de les consommer sur les lieux? Nous ne comprenons pas qu'il se soit élevé un doute sur ce point. Les droits de l'usager sont ceux de l'usufruitier, sauf l'étendue; il fait donc les fruits siens par la perception; or, tout propriétaire peut disposer de ce qui lui appartient, à moins que la

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. X, p. 727, n° 768.
(2) Demolombe, t. X, p. 747, n° 787, et les autorités en sens divers qu'il cite.

loi ne place les choses hors du commerce. Or, les articles 631 et 634 disent bien que le droit d'usage ne peut être cédé, mais ils ne disent pas que l'usager ne peut disposer des fruits comme il l'entend. Il serait d'ailleurs contraire à la raison d'enchaîner à ce point la liberté de l'usager. On veut assurer sa subsistance en lui défendant de disposer des fruits. Prenons garde qu'à force de vouloir garantir sa subsistance, on ne la compromette. L'usager a le droit de prendre dans une forêt le bois qui lui est nécessaire; si l'hiver est peu rigoureux et que l'usager ait d'autres besoins pressants, lui défendra-t-on de vendre le bois dont il ne sait que faire?

Pour la vente volontaire, la question ne nous paraît guère douteuse (1). Mais que dire de la vente forcée? Si l'usager peut vendre les fruits, ses créanciers peuvent aussi les saisir. Quand l'usage est constitué à titre onéreux, il est impossible de refuser aux créanciers le droit de saisir les fruits; c'est le droit commun, et il faudrait une disposition expresse pour que les fruits ne fussent pas saisissables. Mais les auteurs s'accordent à enseigner que si l'usage est donné ou légué, les créanciers ne peuvent pas saisir les fruits (2). Ils invoquent l'article 581, n° 4, du code de procédure, lequel déclare insaisissables les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. Cela nous paraît très-douteux. L'article 581 parle des créances alimentaires; or, le droit d'usage n'est pas une créance, c'est un droit réel. Il faudrait donc que le testateur ou le donateur eussent déclaré que l'usage est donné à titre d'aliments pour que l'article 581 fût applicable. Sans cette déclaration, les fruits perçus par l'usager restent sous l'empire du droit commun. En effet, quoique l'usage soit d'ordinaire donné ou légué pour servir d'aliments, il n'y a pas de loi qui l'assimile à une pension alimentaire; or, la défense de

(1) C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. II, p. 533, note 11), sauf le dissentiment de Duranton (t. V, p. 36, n° 25).

(2) Demante, t. II, p. 564, n° 477 *bis*. Demolombe, t. X, p. 752, n° 790. Aubry et Rau, t. II, p. 533.

saisir est une exception aux droits des créanciers, donc de stricte interprétation.

117. Les articles 631 et 633 disent que l'usager ne peut louer son droit. Comment faut-il entendre cette défense? Il est certain que le droit même ne peut être loué. Mais la défense de louer le droit emporte-t-elle aussi prohibition de donner à bail les biens grevés de l'usage? Les auteurs l'entendent ainsi; mais ils admettent une exception pour l'usage d'un fonds, dans les cas où l'usager serait dans l'impossibilité de cultiver lui-même le fonds, par exemple pour cause de maladie ou de vieillesse (1). Cela est très-arbitraire. Si réellement il y a une défense absolue de louer, nous ne voyons pas de quel droit les interprètes feraient une exception. Mais les articles 631 et 633 sont-ils réellement aussi absolus qu'on le dit? La loi porte que le *droit* ne peut pas être loué ni cédé; c'est dire que l'usager ne peut pas se substituer une tierce personne qui exercerait le droit d'usage à sa place, soit comme acheteur, soit comme preneur. En d'autres mots, le *droit* est intransmissible, à quelque titre que ce soit. Autre est la question de savoir si l'une des choses grevées du droit d'usage peut être donnée à bail. Le texte ne le défend pas; il n'y a pas, dans ce cas, transmission du droit de l'usager; seulement ne pouvant ou ne voulant pas lui-même exploiter les fonds, il les donne à bail; les fruits naturels sont remplacés par des fruits civils, ce qui lui est beaucoup plus avantageux, car le droit aux fruits naturels est une chance qui peut tourner contre l'usager, tandis qu'il gagne les fruits civils jour par jour, il a un revenu régulier sur lequel il peut régler sa dépense. Les motifs pour lesquels la loi lui défend de louer ou de céder son droit ne reçoivent pas d'application au bail des fonds grevés de l'usage. S'il absorbe tous les fruits, il n'y a aucune difficulté, il se fait une simple transformation des fruits naturels en fruits civils. S'il ne prend qu'une partie des fruits, il ne touchera qu'une partie proportionnelle des fermages. Pour mieux dire, dans ce cas, il y aura un partage réglé par les parties ou par le juge; chacune fera de

(1) Proudhon, t. VI, p. 27 et 28, n° 2766.

sa part de jouissance ce qu'elle voudra. Nous prévoyons l'objection : c'est une pure subtilité, dira-t-on, que de distinguer entre le bail du droit d'usage et le bail des fonds grevés de ce droit. Que la distinction soit subtile, qu'importe! pourvu qu'elle soit juridique, et elle l'est. Le fermier du droit d'usage serait un représentant de l'usager; ce qui donnerait lieu aux difficultés et aux embarras que Domat a signalés. Tandis que le fermier d'un fonds soumis au droit d'usage n'a rien à démêler avec le droit de l'usager; il paye son fermage intégral à l'usager, ou, s'il y a lieu, une partie à l'usager et une partie au nu propriétaire, lorsque la jouissance est partagée.

§ IV. *Obligations de l'usager.*

118. L'article 626 soumet l'usager aux obligations qui sont imposées à l'usufruitier lors de son entrée en jouissance : il doit donner caution, faire inventaire des meubles et dresser un état des immeubles. A s'en tenir aux termes de la loi, l'usager qui ne donnerait pas caution *préalable* ne pourrait pas jouir; tandis que l'article 604 dit que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit. Mais cette interprétation serait certainement contraire à l'intention du législateur : si l'usufruitier gagne les fruits en attendant qu'il trouve une caution, à plus forte raison l'usager doit-il les gagner; car, pauvre et sans ressources, il lui sera bien plus difficile de fournir un cautionnement. Le texte même se concilie avec cette interprétation favorable, car il dit que l'usager doit donner caution, *comme dans le cas de l'usufruit;* la loi assimile donc entièrement l'usager à l'usufruitier, ce qui permet de lui appliquer l'article 604.

Dans l'opinion générale, l'usager ne possède pas toujours; s'il reçoit les fruits des mains du propriétaire, alors les obligations de faire inventaire, de dresser des états et de donner caution n'ont plus de raison d'être. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 532, note 3.

119. Aux termes de l'article 627, l'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille. Tout bon père de famille améliore les fonds dont il jouit. De là l'article 599 tire la conséquence que l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites. Faut-il appliquer cette disposition à l'usager? Dans l'opinion que nous avons enseignée sur le sens du mot *améliorations*, il n'y a guère de doute; il ne s'agit pas de constructions, mais d'embellissement des maisons ou d'amendement des terres sujettes à l'usufruit (1). Les raisons qui ont fait refuser à l'usufruitier une récompense du chef de ces améliorations existent aussi pour l'usager; on peut donc invoquer l'adage que là où il y a mêmes motifs, il doit y avoir même décision. Il y a d'ailleurs analogie complète entre l'usufruit et l'usager : mêmes droits, à l'étendue près, et mêmes obligations. La différence que nous venons de rappeler, quant à l'étendue des droits, aurait pu porter le législateur à déroger à la rigueur des principes en faveur de l'usager, mais comme il ne l'a pas fait, il ne reste à l'interprète qu'à maintenir la loi. Nous le déciderions ainsi, même dans l'opinion rigoureuse qui refuse à l'usufruitier une indemnité pour les constructions qu'il ferait : le motif d'analogie est tout-puissant, et il n'appartient pas à l'interprète de créer des exceptions (2).

120. Quant aux charges proprement dites, l'article 635 porte : « Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions, comme l'usufruitier. S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit. » Comment faut-il entendre cette dernière disposition? La difficulté est de savoir si les fruits auxquels l'usager a droit sont prélevés sur le produit brut ou sur le produit net. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il n'y a aucun doute. Si l'usager possède et cultive lui-même, il va sans

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 606, n° 486.
(2) Demolombe, t. X, p. 769, n° 807. En sens contraire, Proudhon, t. VI, p. 45, n° 2789.

dire que pour cette jouissance partagée il doit supporter les mêmes charges proportionnelles qu'il supporterait s'il jouissait de tout le fonds ; s'il jouit du tiers du fonds, il supportera le tiers des charges. Dès lors, il en doit être de même s'il reçoit les fruits des mains du propriétaire. Le fonds produit 90 mesures de blé; l'usager a droit au tiers; le propriétaire lui doit 30 mesures; c'est sur ces 30 mesures que l'usager prendra ce qu'il faut pour acquitter le tiers des charges. On objecte qu'en procédant ainsi il ne restera plus à l'usager les 30 mesures qui lui sont nécessaires, ce qui semble contraire à l'article 630, aux termes duquel il peut exiger autant de fruits qu'il lui en faut pour ses besoins; nous avons supposé qu'il lui en fallait 30, si sur ces 30 il en doit prélever 5 pour acquitter ses charges, il n'aura plus le nombre de mesures que la loi a voulu lui donner. L'objection suppose que l'usage est une créance alimentaire, c'est-à-dire que le produit du droit doit être calculé de façon qu'il suffise toujours aux besoins de l'usager; d'où suivrait que si tous les fruits ne suffisent pas, le propriétaire devrait suppléer ce qui manque. La réponse est très-simple : il n'est dit nulle part que l'usage tient lieu d'aliments. C'est un usufruit limité aux besoins de l'usager. Or, l'usufruitier perçoit les fruits, et sur ces fruits il acquitte les charges qui lui sont imposées. Il en doit être de même de l'usager. L'article 630 ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Il détermine les droits de l'usager; vient ensuite l'article 635 qui règle ses charges; et les charges diminuent naturellement les droits. Le code dit aussi que l'usufruitier jouit de tous les fruits (art. 582), mais ce droit est singulièrement diminué par les charges qu'il lui impose ensuite (art. 605 et suivants), charges qui peuvent être si onéreuses, que l'on permet à l'usufruitier de renoncer à son droit pour s'en décharger. Il y a identité, sous ce rapport, entre l'usufruit et l'usage (1).

Les auteurs qui enseignent l'opinion contraire font une exception pour les semences; celles-là se prélèvent sur

(1) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Proudhon et de Ducaurroy. Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 534 et note 15.

la récolte, disent-ils, parce qu'il n'y a de récolte que semences déduites (1). A notre avis, c'est une inconséquence. Les semences sont certainement comprises dans les *frais de culture* dont parle l'article 635; peut-on cultiver sans semences? Quant à l'adage que l'on invoque, il comprend tous les frais; il faudrait donc dire que tous les frais se prélèvent sur la récolte, ce qui aboutirait à notre opinion. A vrai dire, l'adage des frais n'a rien de commun avec le droit de l'usager. C'est quand il y a lieu à restitution des fruits que l'on permet à celui qui les doit restituer de demander une indemnité pour les frais qu'il a faits; or, dans l'espèce, il ne s'agit pas de restituer des fruits, il s'agit de déterminer les charges qui pèsent sur un droit réel.

121. L'article 635 dit que l'usager doit contribuer aux réparations d'entretien, *au prorata de sa jouissance*. Il n'occupe qu'un appartement de la maison; cet appartement comprend le tiers de l'habitation : à quoi est-il tenu? On est étonné de voir poser la question; occupant le tiers de la maison, il doit supporter le tiers de toutes les charges, des réparations d'entretien aussi bien que des contributions. L'usager ne peut pas objecter qu'il ne doit que les réparations concernant les chambres qu'il habite; cette prétention serait en opposition avec le texte de la loi. Il en est de même de l'exception que la plupart des auteurs admettent quant aux réparations locatives; ils disent que chacun des habitants de la maison supporte celles qui doivent être faites dans ses appartements. La loi aurait pu le régler ainsi, mais elle ne l'a pas fait; elle ignore jusqu'au nom de réparations locatives en matière de droits réels, le mot comme la chose ne s'appliquent qu'au bail, et l'usage n'est pas un bail. Tenons-nous à la loi, c'est le guide le plus sûr (2).

122. C'est encore d'après le texte que nous déciderons la question de savoir si l'usager doit contribuer aux charges qui sont imposées sur la propriété pendant la durée de

(1) Demolombe, t. X, p. 767, n° 802. Demante, t. II, p. 565, n° 479 *bis* II Duranton, t. V, p. 56, n° 38.

(2) Comparez Proudhon, t. VI, p. 85, n° 2824, et Demolombe, t. X, p. 759, n° 797.

son droit. L'article 635 énumère les charges qui pèsent sur l'usage; l'énumération ne comprend que les charges ordinaires qui affectent la jouissance, celles que l'article 608 qualifie de charges annuelles. Cette disposition est-elle restrictive? exclut-elle les charges de l'article 609? Quand l'usager absorbe tous les fruits du fonds, il est un véritable usufruitier; n'en faut-il pas conclure que ses charges sont les mêmes? Mais le texte de la loi ne dit pas cela; il détermine les charges qui grèvent l'usage ; et cette énumération n'aurait pas de sens si elle n'était restrictive. D'ailleurs toute disposition concernant des charges est restrictive de sa nature. Il faut donc dire que le code déroge, en ce point, au principe d'analogie qu'il suit en matière d'usage (1).

123. L'usager contribue-t-il au payement des dettes? Ici encore le silence du code décide la question; l'article 635 ne parle pas des dettes, et avec raison. A première vue, on serait tenté de dire avec M. Demolombe que si l'usage est établi à titre universel, l'usager doit être assimilé à l'usufruitier. Mais, comme le dit très-bien Duranton, il est impossible que l'usage soit constitué à titre universel. Vainement le testateur dirait-il qu'il lègue l'usage de tous ses biens, le légataire serait néanmoins un successeur à titre particulier, non pas parce qu'il n'a qu'un démembrement de la propriété, mais parce que, à raison de la nature de son droit, son titre est nécessairement un titre particulier. En effet, son droit est limité à ses besoins, il n'a donc jamais droit à une universalité, il n'a droit qu'aux objets particuliers qui sont nécessaires à sa subsistance; donc il est toujours légataire à titre particulier et, comme tel, il ne contribue pas aux dettes (2).

(1) C'est l'opinion de Taulier, mais elle est restée isolée. Voyez Demolombe, t. X, p. 760, n° 798.

(2) Duranton, t. V, p. 22, n° 4. En sens contraire, Demolombe, t. X, p. 758, n° 795.

§ V. *Extinction de l'usage.*

124. L'article 625 dit que les droits d'usage et d'habitation se perdent de la même manière que l'usufruit. Il y a cependant quelques différences qui résultent de la nature du droit d'usage. L'usufruit s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier, tandis que l'usage, comme nous l'avons dit, peut être stipulé pour l'usager et ses héritiers (n° 107). Par la même raison, l'usage accordé à une personne civile peut dépasser le terme de trente années que l'article 619 établit en matière d'usufruit ; il en est ainsi des droits d'usage que les communes exercent dans les bois et forêts, ils sont perpétuels. Il y a encore une autre différence entre l'usage et l'usufruit. Les créanciers de l'usufruitier peuvent demander la nullité de la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice (art. 622), et ils ont le droit d'intervenir quand le nu propriétaire demande la déchéance de l'usufruitier pour cause d'abus de jouissance (art. 618). Ces dispositions ne peuvent pas recevoir d'application en matière d'usage, puisque ce droit n'est pas le gage des créanciers. On l'enseigne ainsi (1). Nous faisons nos réserves sur le dernier point. Il est vrai que les créanciers ne peuvent pas saisir le droit d'usage, mais ils peuvent saisir les fruits; ils ont donc intérêt à empêcher la déchéance de l'usager, et partant ils ont le droit d'intervenir dans l'instance.

(1) Proudhon, t. VI, p. 57, n° 2795; p. 89, n° 2829. Demolombe, t. X, p. 723, n° 764.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS (1).

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

---

§ Ier. *Qu'est-ce qu'une servitude?*

125. Les articles 637 et 638 définissent la servitude en ces termes : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. » « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. » C'est parce que la charge est imposée à un fonds qu'elle prend le nom de servitude, dénomination empruntée aux relations de dépendance qui assujettissent une personne à une autre personne. Ici c'est un héritage qui est assujetti à un autre héritage, en ce sens que le maître est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose dans l'intérêt d'un autre héritage. Ainsi celui dont le fonds est sujet à un droit de passage doit souffrir l'incommodité de ce passage. Par là la liberté du fonds grevé de cette charge est diminuée : c'est

(1) Lalaure, *Traité des servitudes réelles*, 1 vol. in-4° (Caen, 1786). Solon, *Traité des servitudes réelles*, 1 vol. in-8° (Paris, 1837). Pardessus, *Traité des servitudes*, 8e édition, 2 vol. in-8° (Paris, 1838). Sur le droit romain, Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, 1 vol. in-8° (Marburg, 1856).

le langage des jurisconsultes romains, et comme métaphore il est très-exact (1). La propriété est un droit absolu et exclusif; personne, sinon le maître, ne peut entrer dans le fonds; si donc un autre que le maître a ce droit, le fonds ne jouit plus de la plénitude de son droit, il n'est plus libre; et cette diminution de liberté profite à un autre fonds, dans l'intérêt duquel elle a été stipulée; donc un fonds sert à un autre fonds : de là le nom de servitude. L'intitulé ajoute : « ou *services fonciers.* » Cette expression se trouve déjà dans l'article 526 (2), le premier qui mentionne les servitudes. Le mot de servitude est si odieux, que l'on comprend facilement que les législateurs d'un peuple libre aient éprouvé quelque répugnance à s'en servir. Mais il est plus simple que celui de *services fonciers,* il est consacré par l'usage, et bientôt on ne pourra plus le confondre avec l'esclavage des personnes, puisque nos descendants, plus heureux que leurs pères, ne connaîtront l'esclavage que par l'histoire des misères humaines.

126. Les jurisconsultes romains, qui vivaient au milieu des esclaves, ne songèrent pas à établir la différence qui distingue les servitudes du droit civil de l'esclavage consacré par le droit des gens de l'antiquité. Ils se contentent de remarquer que la servitude n'impose aucune obligation au propriétaire du fonds qui doit la servitude : il n'est pas tenu à faire, disent-ils, mais à souffrir ou à ne pas faire (3). Domat ajoute cependant que le propriétaire du fonds servant peut être tenu à faire. Le code admet aussi que le titre constitutif d'une servitude impose au maître du fonds assujetti les frais des ouvrages qui sont nécessaires pour en user (art. 698). Cela n'est pas contraire à la théorie romaine; car, comme nous le dirons plus loin, alors même que le propriétaire du fonds servant doit faire certains travaux, il n'y est pas tenu par un lien d'obligation.

Le législateur français s'est montré plus jaloux de la liberté, alors même qu'il parlait le langage de la servi-

(1) L. 90, D., *de verb. sign.* (L, 16). Comparez Domat, *Lois civiles,* livre I, titre XII, section I, art. 2.
(2) De même dans l'article 543.
(3) Pomponius, dans la L. 15, § 1., D., *de serv.* (VIII, 1).

tude; il prend soin de défendre aux parties intéressées d'imposer des services à la personne ou en faveur de la personne, il ne permet d'établir des servitudes que sur un fonds et pour un fonds (art. 686). Ce n'est pas à dire que l'homme ne puisse être tenu à un service personnel envers un autre homme; le code civil consacre le louage d'ouvrage, mais il l'organise de façon qu'il ne porte aucune atteinte à la liberté : ainsi il pose en principe qu'on ne peut engager ses services qu'à temps (art. 1780), tandis que les servitudes sont perpétuelles de leur nature. Donc si le vendeur stipulait que l'acheteur serait tenu à certaines prestations, cette charge ne serait pas une servitude, quand même elle aurait été imposée pour procurer quelque utilité à un héritage : ce serait un simple louage de services (1).

Les auteurs du code civil ont porté plus loin leur sollicitude pour la liberté que la nation venait de conquérir dans l'immortelle révolution de 89. Bien que depuis longtemps l'esclavage et même le servage personnel eussent disparu de la France, la féodalité avait laissé des traces profondes dans le droit privé. En apparence, il ne s'agissait que de droits réels, de dépendance d'un héritage à l'égard d'un autre héritage; mais la dépendance des terres entraînait la dépendance de ceux qui les possédaient; c'était là précisément le caractère de la servitude féodale, c'est que l'assujettissement du fonds se liait à l'assujettissement de la personne. La nuit du 4 août mit fin pour toujours aux abus de la féodalité; c'est un bienfait que nous devons à la France, et pour lequel elle mérite le glorieux titre de grande nation que de mesquines passions ne lui raviront pas. Le code civil consacra les conquêtes de la Révolution dans le domaine du droit privé. Napoléon avait raison d'être fier de son œuvre; car ce sont les lois civiles bien plus que les lois politiques qui font pénétrer les idées de liberté dans les habitudes journalières d'un peuple.

Telle est la portée immense de ces quelques mots écrits dans l'article 638 : « La servitude n'établit aucune préémi-

(1) Pardessus, *Des servitudes*, t. Ier, p. 49, no 19.

nence d'un héritage sur l'autre. » Les orateurs du gouvernement et du Tribunat n'ont pas manqué de mettre ce principe en évidence, en lançant une dernière malédiction au régime féodal, dont le souvenir était encore tout vivant au commencement du dix-neuvième siècle; si aujourd'hui les hommes ignorent ce que c'est que la féodalité, qu'ils n'oublient pas que sans la révolution de 89 ils seraient encore des serfs taillables et corvéables à merci. Nous transcrirons les paroles des auteurs du code; c'est la gloire de notre législation civile. Berlier, l'orateur du gouvernement, commence par proclamer la *liberté* des héritages; mais cette liberté est susceptible de modification, en ce sens qu'un héritage originairement *franc* peut être *assujetti* à un autre héritage. Puis l'orateur se hâte d'ajouter qu'il ne s'agit pas des prééminences d'un fonds sur l'autre, qui prirent naissance dans le régime à *jamais aboli* des fiefs; il ne s'agit pas de services imposés à la personne et en faveur d'une personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. Les tribuns parlent un langage plus vif. En déclarant que la servitude n'établit aucune prééminence d'un fonds sur l'autre, dit Albisson, la loi « prévient toute arrière-pensée qui pourrait se porter sur cette *désastreuse* hiérarchie foncière qui a déshonoré la législation française jusqu'à la nuit mémorable du 4 août 1789. » Gillet parle avec colère de cette masse *monstrueuse* de la féodalité, en jetant en même temps un cri de triomphe sur sa suppression. « Qu'était-ce en effet que le régime féodal, sinon l'art de faire de la propriété foncière un instrument d'asservissement? Aussi lit-on chez les anciens jurisconsultes d'amples dissertations pour démontrer que les devoirs féodaux faisaient partie des servitudes. Le projet a voulu que les services fonciers ne pussent *jamais* être une occasion de reproduire ces idées *proscrites* (1). »

Le principe formulé par l'article 638 est d'ordre public, car il est destiné à garantir la liberté des personnes en assurant la liberté des héritages. De là suit qu'il n'est pas

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 1 (Locré, t. IV, p. 178). Albisson, Rapport fait au Tribunat, n° 3 (Locré, t. IV, p. 185). Gillet, Discours, n° 5 (Locré, t. IV, p. 193).

permis aux particuliers d'y déroger. L'article 686 reproduit cette sanction des lois d'ordre public, bien qu'elle fût déjà écrite dans l'article 6 du code. On dirait que le législateur tient à se répéter en cette matière, afin qu'il soit bien prouvé, comme le disait l'Assemblée constituante, que le territoire de la France est libre comme les personnes qui l'habitent (1). Donc toute convention qui reproduirait, sous une apparence quelconque, les servitudes féodales, serait nulle d'une nullité absolue, comme violant la loi fondamentale des sociétés modernes, la liberté.

§ II. *Caractères des servitudes réelles.*

N° 1. DEUX FONDS.

127. D'après la définition de l'article 637, il faut deux héritages pour qu'il y ait une servitude, un héritage sur lequel la charge est imposée et un héritage pour l'utilité duquel elle est établie. Le mot *héritage* est une expression traditionnelle qui désigne un immeuble advenu par succession, et par suite un immeuble en général; nos anciennes coutumes, de même que les lois romaines, emploient le mot *héritier* pour indiquer le *propriétaire* (2). Mais comme les immeubles et surtout les fonds de terre étaient jadis la propriété par excellence, le mot *héritage* fut limité à la propriété immobilière. Il s'est conservé dans le langage juridique en matière de servitude.

L'immeuble qui doit la servitude est appelé l'héritage *servant;* l'immeuble auquel la servitude est due s'appelle l'héritage *dominant*. Ces expressions, usitées dans la doctrine, ne sont pas légales; le code ne les emploie jamais, l'article 638 est même une espèce de protestation contre l'idée d'un héritage *dominant;* le code dit quelquefois l'hé-

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I article 2.

(2) La coutume de Lille dit : « L'*héritier* d'une *maison* ou *héritage* ne s'enclôt s'il ne veut. » (Pothier, *Du contrat de société,* n° 234.) Les *Institutes* disent : « *Veteres* HÆREDES *pro* DOMINIS *appellabant.* » (Duvergier sur Toullier, t. II, p. 211, note *a*).

ritage *assujetti* ou *asservi* (art. 695 et 699). Nous emploierons les expressions traditionnelles; elles ne présentent plus aucun inconvénient, aujourd'hui que nous ne connaissons les abus de la domination féodale que par l'histoire.

128. Il n'y a rien de plus élémentaire que le principe formulé par l'article 637; il est cependant fondamental. Si la loi donne sa sanction aux actes qui créent des servitudes, si elle permet de démembrer, d'amoindrir un héritage, c'est pour augmenter l'utilité d'un autre héritage dont la culture, l'occupation, l'exploitation sont améliorées par l'établissement de la servitude. De là suit que s'il n'y a pas d'héritage à améliorer, il ne peut pas être question de servitude; ni quand on ne peut détacher une utilité quelconque d'un fonds pour en faire jouir un autre fonds. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation; nous préférons d'emprunter les exemples à la jurisprudence que de les chercher, comme on le fait d'habitude, dans les lois romaines. Deux communes limitrophes, situées sur les bords de la mer, se disputaient la possession de deux rochers qui produisaient en assez grande abondance l'herbe connue sous le nom de varech; chacune prétendait avoir un droit exclusif à la récolte de ces herbages. L'une d'elles avait en sa faveur une possession de plusieurs années; elle y fut maintenue. L'autre se pourvut en cassation, et soutint que le droit de recueillir le varech constituait une servitude discontinue, que par suite ce droit ne pouvait être la matière ni d'une prescription (art. 691), ni d'une possession. Il fut jugé que le droit de recueillir le varech sur le rivage de la mer ne constituait pas une servitude, puisqu'il n'y avait ni fonds servant ni fonds dominant, que dès lors l'article 691 était inapplicable (1).

Du principe que deux fonds sont nécessaires pour qu'il y ait une servitude, il ne faut pas conclure que l'on ne peut stipuler une servitude pour une maison que l'on se propose de bâtir, et que l'on ne peut imposer une servitude à une maison que le voisin se propose de construire. Il y a

(1) Arrêt de rejet du 5 juin 1839 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 182). Comparez Pardessus, t. Ier, p. 32, n° 13.

dans l'espèce deux immeubles, bien que sous condition; la servitude sera conditionnelle, et les servitudes peuvent très-bien s'établir sous condition, comme nous le dirons plus loin (1).

129. Il faut deux immeubles. Tout immeuble peut-il être grevé d'une servitude? et peut-on établir une servitude en faveur de tout immeuble? Le mot *héritage* dont la loi se sert doit être pris dans le sens que la tradition y a attaché; or, cette expression n'a jamais désigné que les fonds de terre et les bâtiments; il n'y a donc que ces immeubles-là qui puissent former l'objet d'une servitude. Ce principe est consacré par l'article 687 : « Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. » De là l'antique division des servitudes en *urbaines* et *rurales*. Il s'ensuit que les plantes attachées au sol par la nature, et considérées comme immeubles par nature, ne sont pas susceptibles de servitude; bien moins encore les objets mobiliers immobilisés par destination. Cela est aussi fondé en raison. Les servitudes, de même que la propriété, sont perpétuelles dans l'intention de ceux qui les établissent; il faut donc que les immeubles servants et dominants aient une permanence telle, que la perpétuité soit possible; or, les choses mobilières, telles que les plantes, bien que faisant corps avec le sol, n'ont qu'une existence temporaire, elles sont destinées par la nature même à être détachées du sol. Quant aux meubles immobilisés par destination, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une servitude, parce qu'ils cessent d'être immeubles dès qu'on les considère comme détachés du sol ou comme en étant distincts. Restent les droits immobiliers; ce sont des immeubles fictifs, auxquels on ne peut appliquer la notion de servitude. De là le vieil adage : *Servitus servitutis esse non potest* (2).

La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans une espèce singulière, et l'arrêt est tout aussi singulier. Une barrière séparait deux fonds; elle jouait sur

(1) Duranton, t. V, p. 487, n° 446.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 69, note 1, et les autorités qui y sont citées.

un gond accroché à un chêne qui appartenait au propriétaire contigu. Celui-ci abat l'arbre; il est cité en complainte. L'action fut rejetée, par le motif que celui qui est propriétaire de l'arbre peut l'abattre à son gré; que si un arbre pouvait être l'objet d'une servitude, ce droit n'existerait que pendant que l'arbre serait sur pied, et que le propriétaire ne pourrait être tenu à le remplacer, puisque les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en un tel état que l'on ne peut plus en user. Sur le pourvoi, la cour décida « qu'il s'agissait d'une servitude qui n'avait pas été reconnue avoir été établie par convention, servitude essentiellement périssable avec l'objet, que la main des hommes ne pourrait ni réparer ni perpétuer (1). » La cour admet qu'il y a servitude, ce qui est contraire à l'article 686, lequel ne reconnaît d'autres servitudes que celles qui concernent les bâtiments et les fonds de terre. On pourrait objecter que, dans l'espèce, la servitude était établie pour l'usage d'un fonds de terre, que l'on était donc dans les termes de la loi. Nous répondons que si activement le mot *héritage* signifie un fonds de terre ou un bâtiment, il doit avoir la même signification dans le sens passif; il faut un héritage servant comme il faut un héritage dominant; or, un arbre n'est pas un héritage.

130. Faut-il que les immeubles soient dans le commerce? Au premier abord, on serait tenté de dire que la question ne peut pas même être posée. Les immeubles qui sont hors du commerce ne peuvent pas être vendus (article 1598); or, l'établissement d'une servitude est une aliénation partielle. Cela paraît décisif et en théorie cela est incontestable. Mais l'application du principe soulève de grandes difficultés. Il y a des immeubles qui, par leur nature, sont dans le commerce, et qui ont été mis hors du commerce par la destination que l'État ou la commune leur ont donnée. Tels sont notamment les chemins, les routes, les rues, que l'article 538 déclare dépendance du domaine public, comme n'étant pas susceptibles d'une propriété pri-

(1) Arrêt de rejet du 6 avril 1841 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 436).

vée. Il en est de même de tous les immeubles qui font partie de ce qu'on appelle le *domaine public* de l'Etat ou des communes (1). Si ces choses ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, on ne peut pas même leur donner le nom d'*héritage*, puisque cette expression implique l'idée d'une propriété acquise par hérédité ; et on ne conçoit pas davantage que l'on détache de ces choses certaines utilités pour en faire jouir d'autres fonds, attendu que les biens du domaine public sont affectés dans leur entier à une destination publique (2).

Mais ce dernier point est-il bien exact? Est-il vrai, d'une manière absolue, que les choses placées hors du commerce sont affectées à l'usage de tous, en ce sens qu'aucune utilité n'en peut être détachée au profit des particuliers? La question, encore une fois, semble être décidée par le texte du code. En effet, aux termes de l'article 1128, « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Ce que la loi dit des conventions, la doctrine le dit des legs. Donc une chose qui est hors du commerce ne peut faire l'objet d'une servitude, puisque les servitudes se constituent par contrat ou par testament. Mais l'article 1128 est-il aussi absolu qu'il en a l'air? Quand un terrain est mis hors du commerce parce qu'il forme une rue, un chemin, une place publique, c'est que, par suite de sa nouvelle destination, il sert à l'usage de tous. Naît donc la question de savoir si l'usage de tous est compatible avec l'usage qui serait accordé à quelques-uns. L'affirmative est certaine. Au titre des *Obligations*, nous dirons que l'article 1128 n'empêche pas que les choses publiques ne fassent l'objet d'un bail, pourvu que le bail ne porte pas obstacle à la destination publique de la chose. Pourquoi n'en serait-il pas de même des servitudes?

Il y a des servitudes auxquelles la nature elle-même soumet les voies publiques aussi bien que les propriétés

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 84, nos 62 et suiv.

(2) C'est le principe du droit romain (Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 13, p. 123). Voyez, en ce sens, arrêt de rejet du 13 février 1828 (Dalloz, au mot *Prescription*, no 188, 2o) ; Liége, 9 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 353). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 69 et note 2.

particulières. Telle est la charge qui pèse sur les fonds inférieurs, assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. C'est une loi de la nature, dont aucun fonds ne peut s'affranchir; les eaux s'arrêteront-elles devant une route, par la raison qu'une terre a été convertie en chemin public? Vainement dit-on que la destination publique des chemins empêche l'exercice de toute servitude. Il va sans dire que l'administration peut faire tels travaux qu'elle juge convenables pour maintenir la libre circulation des voies de communication, mais il ne lui est pas permis de refouler les eaux sur les fonds supérieurs. Donc la voie publique est grevée de la même servitude que les fonds appartenant aux particuliers (1).

Il y a une autre servitude légale qui intéresse tous les riverains. L'article 681, placé au chapitre des servitudes légales, porte que tout propriétaire doit établir les toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la *voie publique*. C'est donc un droit pour les propriétaires de faire verser les eaux pluviales sur un fonds qui est hors du commerce; donc les rues et les chemins servent à l'usage des propriétés riveraines. Inutile d'insister; les rues sont précisément destinées à l'usage des riverains; c'est sur les rues qu'ils ouvrent leurs portes et leurs fenêtres; sans les rues, on ne conçoit pas de maisons agglomérées. Bien loin que l'ouverture de fenêtres et de portes soit en opposition avec l'usage que le public en peut faire, il faut dire que les rues ont pour destination de servir aux propriétés riveraines.

131. Est-ce à dire que tout usage que les riverains font des rues soit une servitude? Et toute espèce d'usage leur est-il permis? La première question est controversée et elle est douteuse. Il faut d'abord supposer que les héritages riverains retirent quelque utilité des rues, car sans héritage il ne peut être question de servitude. Quand un propriétaire ouvre des fenêtres donnant sur la rue, en résulte-t-il une servitude de vue (2)? Quand il pratique une

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 8 et notes 2 et 3, et les autorités qui y sont citées.

(2) La question est la même quand la vue est ouverte sur une rivière ou

porte donnant sur la voie publique, acquiert-il une servitude de passage? Il y a une question plus générale qui domine celle-ci. Les riverains qui bâtissent sur la voie publique agissent-ils à titre de droit ou par simple tolérance? On prétend qu'il n'y a que simple tolérance, parce que la commune n'a pas le droit d'aliéner, fût-ce partiellement, une rue tant qu'elle appartient au domaine public; et elle ne peut pas davantage grever la rue de servitudes qui l'empêcheraient plus tard de la supprimer, si elle voulait vendre le terrain (1). Cette argumentation n'est pas sérieuse. Lorsqu'un propriétaire bâtit, il use de son droit; or, l'exercice de ce droit serait impossible s'il ne pouvait pratiquer des fenêtres et des portes dans le mur qui donne sur la voie publique. Il faut donc admettre qu'il agit à titre de droit. Cela n'empêchera pas la commune de supprimer la rue et de vendre le terrain, mais elle ne pourra le faire qu'en indemnisant les riverains. Ce droit qui appartient aux riverains ne leur est pas accordé gratuitement, ils se soumettent à l'alignement et à toutes les charges communales. Il y a donc là une convention tacite en vertu de laquelle la commune permet aux riverains de bâtir aux conditions établies par les règlements. Cette convention donne naissance à une servitude. Cela est certain dès que l'on admet que c'est à titre de droit que les riverains agissent; en effet, ils ouvrent des rues sur un terrain appartenant à autrui; voilà bien le caractère essentiel de la servitude : la rue, propriété de la ville, sert à l'utilité des héritages riverains. On objecte que la rue est du domaine public plutôt que dans le domaine de la commune, c'est-à-dire que les riverains s'en servent comme habitants de la ville, qu'ils se servent donc d'une chose qui appartient en commun à tous, ce qui exclut toute idée de servitude (2). Nous répondons que la rue est si bien dans le domaine de la commune, que le terrain dont elle est formée a été acheté

un canal (Liége, 9 mars 1870, dans la *Pasicrisie*, 1870, 2, 208). Sur le droit des riverains d'ouvrir des fenêtres, voyez le tome VIII de mes *Principes*, n° 47.

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. Ier, nos 363, 370. Toullier, t. III, nos 479, 480. Favard, *Répertoire*, au mot *Servitude*, p. 136.

(2) Grenoble, 15 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 65).

par la commune, et qu'elle pourra le revendre si la rue est supprimée. Nous sommes donc dans les termes de l'article 637 : un droit de vue ou de passage est imposé sur un fonds appartenant à la commune, pour l'usage et l'utilité des propriétaires riverains (1).

On objecte encore que l'usage que les riverains font de la rue n'en diminue en rien l'utilité, au préjudice du propriétaire de la rue; qu'il n'en résulte donc pas un démembrement de la propriété, ce qui est le caractère distinctif des servitudes. En définitive, dit-on, ce prétendu droit de servitude des riverains n'est que l'usage de la chose conformément à sa destination (2). Il y a du vrai dans cette objection, mais elle n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. La servitude est une charge, donc elle diminue, en général, la valeur du fonds servant; mais cela n'est pas de l'essence de la servitude. Si j'ai un chemin de passage par mon fonds et si je concède à des tiers le droit de passer par ce chemin, il se peut très-bien que ma propriété n'en éprouve aucune diminution de valeur; il est vrai aussi que la destination de ce chemin est de servir au passage. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait servitude. Il y a donc aussi servitude quand une rue sert aux riverains, car un fonds rend service à un autre fonds, et c'est là le caractère essentiel de la servitude.

132. On fait une autre objection qui nous conduira à examiner la nature particulière des servitudes établies sur un fonds du domaine public. Ceux-là mêmes qui soutiennent que les droits exercés par les propriétaires riverains sur la voie publique sont des servitudes, avouent qu'elles n'ont pas tous les caractères que présentent les servitudes en général (3). Mais où est la ligne de démarcation? Et si ces droits ne réunissent pas tous les caractères qui distinguent les servitudes, n'en faut-il pas conclure que ce ne sont pas de vraies servitudes? Ici est le nœud de la diffi-

(1) Besançon, 29 avril 1841 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 166, 1°); Liége, 24 juin et 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 261 et 358); Aubry et Rau, t. III, p. 70 et note 5, et les autorités qu'ils citent.
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 196, note 2.
(3) Demolombe, t. XII, p. 203, n° 699. Comparez Pardessus, t. Ier, p. 97, n° 40; Aubry et Rau, t. III, p. 69 et note 4.

culté. Il n'y a rien d'absolu en fait de servitudes. Le code lui-même donne ce nom à des charges et à des obligations dérivant de la situation des lieux, ou attachées au voisinage, bien que ces charges et ces obligations diffèrent, sous beaucoup de rapports, des servitudes établies par le fait de l'homme. Cela est si vrai que les auteurs nient que ce soient des servitudes. Il y a donc des servitudes de diverses espèces. Eh bien, celles qui grèvent les fonds du domaine public forment une espèce particulière, à raison de la nature de l'héritage servant. Cet héritage a une destination publique qui le place hors du commerce. De là une première conséquence sur laquelle tout le monde est d'accord (1). Les droits exercés par les riverains dans l'intérêt de leurs héritages ne peuvent pas compromettre la destination publique des rues. Il y a plus, l'autorité communale ne peut pas même concéder de pareilles servitudes, car il ne lui est pas permis de disposer, au profit exclusif de quelques-uns, d'une voie publique qui doit servir à tous; ses concessions, si elle en fait, ne sont que des actes de pure tolérance; elle peut toujours les révoquer. Ainsi elle a souffert un empiétement sur une rue, provenant d'un balcon, d'une cave; elle peut supprimer ce qu'elle a toléré.

Une autre conséquence découle du même principe. Les voies publiques, quoique établies dans un esprit de perpétuité, ne sont pas perpétuelles; c'est le droit et le devoir de l'administration de les redresser et même de les supprimer quand un intérêt public l'exige : tel serait un motif de salubrité, ou l'avantage du commerce et de l'industrie, ou même l'embellissement de la ville, car cela aussi est d'intérêt public, comme le dit le vieux d'Argentré (2). Il va sans dire que la commune ne peut jamais aliéner un droit qui est en même temps un devoir. Donc quand elle consent tacitement à ce que les riverains ouvrent des fe-

(1) Demolombe, t. XII, p. 198, nº 698, et Aubry et Rau, t. III, p. 69, note 3, et les autorités qu'ils citent.

(2) « *Quia publicorum usus non solum ex commodo sed ex ornatu etiam et facie æstimantur.* » (D'Argentré, *sur la coutume de Bretagne*, art. 226, chap. XXIII, p. 1136).

nêtres et des portes dans leurs murs de devant, elle ne s'oblige pas, comme la loi le dit des servitudes ordinaires, « à ne rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à la rendre plus incommode » (article 701). La commune, à la différence des propriétaires des fonds servants, en général, peut changer l'état des lieux; c'est ce qu'elle fait quand elle redresse une rue ou qu'elle la supprime. C'est son droit inaliénable. Voilà certes une grande différence entre les servitudes qui grèvent la voie publique et les servitudes qui grèvent des propriétés particulières. En conclura-t-on que ce ne sont pas des servitudes? La conclusion serait peu juridique; en effet, les conventions des parties intéressées peuvent modifier les droits du propriétaire dominant, aggraver ou diminuer la charge de l'héritage assujetti, sans que la servitude cesse d'être une servitude. Eh bien, la modification, qui peut être stipulée par des conventions, résulte, dans l'espèce, de la nature du fonds servant.

133. Qu'est-ce qu'un droit, dira-t-on, que le propriétaire du fonds assujetti peut détruire? et qu'est-ce qu'une charge dont on peut se décharger à volonté? Nous répondons que si l'administration supprime les jours et les issues en changeant l'état des lieux, elle sera tenue d'indemniser les propriétaires riverains. Chose remarquable! Tout le monde s'accorde à reconnaître que les riverains peuvent réclamer une indemnité, même ceux qui nient qu'ils aient une servitude (1); et la jurisprudence aussi, quoique fort divisée sur le principe, s'est prononcée en faveur des riverains (2). Dans notre opinion, le droit des riverains est évident; il découle logiquement du principe que nous venons d'établir. Si les riverains ont une servitude de vue et d'issue sur la voie publique, l'administration ne peut pas leur enlever ce droit sans les indemniser. On a soutenu le contraire en France, lors de la discussion de la loi du 24 mai 1842 sur les portions de routes royales délaissées

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Voirie par terre*, n° 122.

(2) Cela est si bien reçu que les cours ne donnent pas même de motifs; elles admettent le droit comme un axiome. (Arrêt de cassation du 5 juillet 1836; Dalloz, au mot *Propriété*, n° 151).

par suite de changement de tracé ou d'ouverture d'une route nouvelle. Si l'on part du principe absolu qui met la voie publique hors du commerce, on doit conclure que le domaine public ne peut être démembré, ni par conséquent grevé d'une servitude. Mais c'est ne tenir aucun compte du droit des riverains. Comme l'a très-bien dit le rapporteur de la loi de 1842, M. Renouard, « la raison et la justice ne s'accommodent jamais de ces thèses commodes et partiales où triomphe l'argumentation, et qui, là où existent deux principes, se mettent à l'aise en s'établissant sur un seul et en tenant l'autre pour non avenu (1). » Nous ne contestons pas le droit de l'Etat, mais à côté du droit de l'Etat, il y a le droit des riverains ; l'Etat peut supprimer les vues et les issues, si l'intérêt de la voirie l'exige, mais il ne le peut qu'en indemnisant les riverains.

L'opinion contraire, qui n'admet pas que les riverains aient un droit de servitude sur la voie publique, et qui leur donne néanmoins une indemnité, est très-embarrassée pour trouver un fondement à cette indemnité. Il y en a qui reconnaissent un droit aux riverains, mais ils disent que ce n'est pas un droit de servitude, que c'est un droit *sui generis* (2). Qu'est-ce donc que ce droit? et d'où naît-il? Il est impossible de le définir et d'en déterminer les caractères. Au fond, cette opinion ne diffère de la nôtre que par les termes. Nous admettons aussi que les droits de vue et d'issue des riverains sont des servitudes d'une nature particulière ; mais au moins nous disons quelle est la nature de ces servitudes, et pourquoi elles n'ont pas tous les caractères des droits qui dérivent du fait de l'homme. Notre doctrine aboutit au même résultat pratique, mais il nous semble qu'elle est plus conforme aux principes. Quant aux auteurs qui, tout en niant que les riverains aient un droit, leur accordent une indemnité, ils sont souverainement inconséquents ; il suffit de lire Pardessus pour s'en convain-

(1) Renouard, Rapport, dans Dalloz, au mot *Voirie par terre*, t. XLIV, p. 210, nos 2 et suiv.

(2) Féraud-Giraud, *Des modifications apportées au droit de propriété*, t. II, nos 443 et 586, suivi par Dalloz, au mot *Voirie par terre*, no 122. En ce sens. Orléans, 5 mars 1869 (Dalloz, 1869, 2, 217).

cre (1). Il invoque la règle d'équité qui ne permet à personne de changer de résolution au préjudice d'autrui. Singulier argument dans la bouche d'un jurisconsulte ! L'équité s'adresse au législateur, l'interprète ne peut pas y fonder un droit. A celui qui réclamerait une indemnité au nom de l'équité, la commune ou l'Etat répondrait : J'use de mon droit et je ne lèse aucun droit, donc je ne fais de tort à personne. Les riverains, ajoute Pardessus, ont pour eux la plus puissante des autorités, la foi publique, car c'est sur la foi publique qu'ils ont ouvert des vues et des issues. Cela est bien vague. La foi publique donne-t-elle un droit aux riverains, alors ils peuvent réclamer une indemnité, mais dans ce cas on revient à l'opinion que nous défendons. Que si les riverains n'ont pas de droit, vainement feraient-ils appel à la foi publique; on ne fonde pas d'action civile sur la foi publique !

134. Il y a encore d'autres difficultés dans cette difficile matière. Tout le monde accorde une indemnité aux riverains. Cela veut-il dire que les riverains ont une propriété dont ils ne peuvent être privés que par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique? Nous avons d'avance répondu à la question. Les riverains n'ont qu'un droit imparfait qui n'apporte aucun obstacle à la libre action de l'autorité administrative; celle-ci peut changer l'état des lieux, comme elle le juge convenable, sans être arrêtée par les droits des riverains. Ceux-ci n'ont qu'un recours en indemnité. Telle est la jurisprudence de la cour de cassation de France; elle a jugé à plusieurs reprises que si un chemin communal est régulièrement supprimé, cette suppression entraîne l'extinction des droits de servitude que les riverains avaient sur ce chemin, sauf à la commune à les indemniser. L'indemnité peut consister soit dans un autre passage, soit dans des dommages-intérêts (2). Il y a encore une fois ici quelque chose qui choquera les partisans des principes absolus : ils demanderont comment les droits de servitude des riverains peuvent s'éteindre par

(1) Pardessus, t. Ier, p. 99 et suiv., n° 41.
(2) Arrêts de rejet du 15 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 234) et du 3 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 276).

la vente de l'héritage grevé de servitude. C'est que le fonds servant, dans l'espèce, dépend du domaine public; et les riverains n'y avaient de droits que parce que ce domaine était destiné à l'usage des propriétés riveraines; donc du moment où le fonds servant cesse d'appartenir au domaine public, il cesse de servir; c'est dire, en d'autres termes, que les servitudes s'éteignent. Si malgré cela les riverains ont droit à une indemnité, c'est qu'ils avaient un droit de servitude fondé sur une convention tacite, convention qui implique que l'administration, tout en conservant le droit de changer l'état des lieux, ne peut le faire qu'en indemnisant les riverains.

135. L'indemnité suppose un droit lésé. Donc quand les riverains ont fait une entreprise sur la voie publique sans droit, par tolérance, fût-ce même par une concession, ils n'ont droit à aucune indemnité (1). Ici revient dans toute sa force le principe que les voies publiques sont hors du commerce; l'administration peut tolérer ce qui lui paraît compatible avec les nécessités de la communication; mais du moment où des inconvénients se produisent, elle a le droit et le devoir de supprimer les empiétements; elle use de son droit sans léser un droit, donc elle ne doit aucune indemnité; quand même elle aurait accordé une autorisation formelle, elle peut toujours la révoquer, sans être tenue d'indemniser le concessionnaire, car ces concessions ne donnent aucun droit.

Le recours en indemnité est une action en dommages-intérêts; et pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il ne suffit pas qu'un droit soit lésé, il faut aussi qu'il y ait un préjudice causé : comment demander la réparation d'un dommage alors qu'on n'a pas souffert de dommage? La commune construit un édifice sur une place publique; elle diminue par là le prospect des riverains; est-ce à dire qu'elle devra les indemniser? C'est une question de préjudice, c'est-à-dire de fait. Si la place publique, quoique restreinte, reste assez grande pour que les riverains y exercent leurs droits de vue, ils ne peuvent pas se plaindre;

(1) Pardessus, t. Ier, p. 102 et suiv., n° 41.

c'est le seul droit que leur donne la convention tacite sur laquelle reposent les servitudes qui leur appartiennent; mais cette même convention réserve tous les droits de la commune; elle ne s'est pas obligée à maintenir à la place publique l'étendue qu'elle avait lors des constructions; elle ne peut donc être tenue à indemnité, quand elle diminue simplement les avantages dont les riverains jouissaient. Sur ce point nous sommes d'accord avec Pardessus (1).

L'indemnité étant une question de dommages-intérêts, le tribunal pourra prendre en considération l'avantage qui résultera pour les riverains des changements dont ils se plaignent. Cela arrivera très-souvent en matière d'alignement. Un riverain construit ou reconstruit en vertu d'un nouvel alignement qui avance toutes les constructions riveraines. Provisoirement ceux qui ne sont pas encore dans le cas de rebâtir souffriront quelque préjudice des constructions par lesquelles leurs vues seront plus ou moins obscurcies et leurs issues entravées. Mais ce désavantage sera compensé par un avantage plus grand qu'ils retireront plus tard de l'alignement. Dans cette espèce, il a été jugé que les riverains n'avaient droit à aucune indemnité (2).

136. Reste à savoir qui doit payer cette indemnité. En principe, c'est la commune par le fait de laquelle la servitude est supprimée. D'ordinaire, la commune, quand elle redresse ou supprime une rue, vend le terrain qui cesse de servir à la circulation publique. Si le contrat de vente ne dit rien des servitudes de vue et d'issue, elles s'éteindront comme nous venons de le dire, sauf le recours en indemnité contre la commune. L'acheteur ne sera pas tenu, car il ne peut être obligé qu'en vertu de son contrat, et nous supposons que le contrat garde le silence (3). Si la commune veut se mettre à l'abri de ce recours, elle doit stipuler dans l'acte de vente ou que l'acheteur sera tenu de

(1) Pardessus, t. I[er], p. 102, n° 41. Proudhon, *Du domaine public*, t. I[er], n[os] 365 et 366.

(2) Jugement du tribunal de Huy du 20 février 1862 (*Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloes et Bonjean, t. XI, p. 210), avec les observations de M. Cloes.

(3) Liége, 9 mars 1864 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 352).

souffrir l'exercice des droits de vue et d'issue (1), ou qu'il sera tenu de payer une indemnité. C'est cette dernière clause qui est la plus juridique, car les servitudes sont éteintes de plein droit dès l'instant où la rue cesse de faire partie du domaine public.

137. L'application des principes que nous venons d'établir présente de nouvelles difficultés, et la jurisprudence témoigne combien il reste d'incertitude sur les principes mêmes. On construit un canal; la nouvelle voie navigable doit traverser un domaine; l'Etat achète les terrains de gré à gré, et il est stipulé dans l'acte de vente que l'Etat exécutera quatre ponts sur le canal, que la desserte de la propriété aura lieu par les levées du canal et que l'on fera les rampes nécessaires pour en rendre les abords faciles. Des contestations s'élevèrent entre les propriétaires du domaine et l'administration sur l'étendue et la portée de ces clauses. Devant la cour de cassation, le préfet demandeur soutint, au nom de l'Etat, que la convention et l'arrêt de la cour qui l'étendait à toute la propriété établissaient des servitudes sur des dépendances du domaine public. Il était incontestable qu'il y avait servitude, et il était incontestable également que le canal faisait partie du domaine public de l'Etat. Que décida la cour? Qu'il ne s'agissait pas d'une partie du domaine public ancien et reconnu, dont le caractère fût incontestable; que le canal de Nivernais formait une partie nouvelle et récemment constituée du domaine public; que le domaine, objet du litige, avait été acquis sous des conditions imposées et acceptées par des conventions volontaires et réciproquement obligatoires. La cour conclut qu'il n'y avait pas, dans l'espèce, des servitudes constituées sur le domaine public, mais des servitudes conventionnelles (2). Sans doute la servitude était conventionnelle, mais qu'importe? Est-il moins vrai qu'elle grevait le canal de Nivernais, et ce canal n'était-il pas une dépendance du domaine public? Le canal était nouvellement construit. Eh! qu'importe encore? Faut-il qu'une voie

(1) Liége, 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 358).
(2) Arrêt de rejet du 17 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 315).

navigable soit ancienne pour appartenir au domaine public? Ces motifs ne se discutent pas; c'est une de ces décisions qui éludent les vraies difficultés, au lieu de les aborder franchement. Il fallait dire : Oui, c'est une servitude qu'une convention a établie sur le domaine public. Il est vrai que le canal n'est pas dans le commerce, mais la destination publique du canal n'empêche pas qu'il ne soit l'objet de conventions et de droits qui ne portent pas obstacle à cette destination ; donc la servitude est légitimement constituée.

138. Peut-on avoir une servitude sur une promenade publique? La question a été décidée négativement par la cour de Poitiers, et Demolombe approuve cette décision. Il est dit dans l'arrêt que la promenade sur laquelle les riverains avaient ouvert des vues était hors du commerce, que le parc était destiné à la promenade et à des fêtes publiques, que les riverains ne pouvaient acquérir de servitude sur un terrain qui était hors du commerce, et qui n'a pas pour destination de procurer aux voisins des vues et des issues (1). Il nous semble que la question a été mal posée. Il s'agit de savoir si une promenade ou toute autre dépendance du domaine public peut être grevée d'une servitude, lorsque cette servitude ne nuit pas à la destination de la chose. Si l'on décide la question affirmativement, comme nous l'avons fait, il faut examiner en fait si les vues des voisins empêchent les habitants de se promener dans le parc. Cela n'est pas discutable. Est-ce que les passants qui flânent dans les rues et les places publiques ne sont pas vus par les riverains? cela les empêche-t-il de passer et de flâner? Ceux qui se promènent dans un parc sont-ils empêchés de se promener parce qu'on les voit des maisons contiguës? N'est-ce pas pour être vus qu'un grand nombre de promeneurs se promènent dans un parc? Nous n'insistons pas; tous ceux qui ont jamais fréquenté un parc quelconque seront de notre avis.

139. Notre opinion a été consacrée par la cour de

(1) Poitiers, 31 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 67). Demolombe, t. XII, p. 199, n° 698.

Nancy dans une espèce plus sérieuse. Les murs des places de guerre font partie du domaine public, donc ils sont hors du commerce. Or, le mur, objet du litige, fut construit en 1701, en exécution du traité de Riswick, pour compléter l'enceinte de la ville de Nancy; il était donc, à ce titre, hors du commerce; de plus, il servait à assurer la levée des droits d'octroi et l'exécution des mesures de police que peut exiger la sûreté publique. Cependant un propriétaire pratiqua des ouvertures dans le mur de la ville, et il ouvrit des jours dans le mur de sa maison, construit au-dessus du mur de la ville; double servitude, dit le tribunal de Nancy, contre laquelle réclamait la destination du mur. La cour d'appel décida qu'à la vérité le mur de la ville était hors du commerce, mais que tout ce qui en résultait, c'est que le propriétaire de la maison contiguë n'y pouvait faire aucune entreprise contraire à la destination de la chose : telles étaient évidemment les ouvertures qu'il avait pratiquées dans le mur de la ville. Mais en quoi les vues ouvertes dans son propre mur gênaient-elles les employés de l'octroi? car la défense de la ville n'était pas en cause. Ces vues, dit très-bien la cour, loin d'entraver les mesures de police et de surveillance que le mur est destiné à protéger, rendent, au contraire, la fraude plus difficile. C'était donc le cas d'appliquer le principe qui permet de constituer des servitudes sur une chose du domaine public, pourvu que l'on ne porte pas obstacle à la destination de la chose (1).

140. Les églises, ayant une destination publique, sont placées hors du commerce; elles appartiennent au domaine public municipal. Il a été jugé que les propriétaires contigus ne pouvaient pas acquérir la mitoyenneté du mur de l'église. La décision est juridique et conforme à l'ancienne jurisprudence, avec une restriction toutefois; les termes des arrêts sont tellement généraux qu'ils semblent proscrire toute espèce de servitude sur une église (2). Cela est

(1) Nancy, 31 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 76).

(2) Toulouse, 13 mai 1831, et arrêt de cassation du 5 mai 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 451). Comparez Dalloz, au mot *Domaine public*, nºs 58 et 59.

trop absolu; il faut appliquer aux églises le principe général qui régit les biens placés hors du commerce. Il y a donc lieu de distinguer ; si la servitude est incompatible avec le service du culte, avec la décence qu'il exige, elle ne pourra pas être établie, et l'on pourra toujours en demander la suppression. Mais si la servitude ne gêne en rien la destination de l'église, il n'y a pas de raison pour faire une exception aux principes généraux : telle serait la servitude qui consisterait à supporter la charge du voisin. C'est l'avis de Troplong, et nous croyons que c'est le bon (1).

La cour de Gand a appliqué le même principe aux cimetières. Tant qu'ils conservent leur destination publique, ils sont hors du commerce. La cour constate néanmoins que dans la Flandre il existe des passages publics pour les piétons sur presque tous les cimetières qui entourent les églises des communes rurales. C'est que le passage n'empêche pas que le cimetière ne serve à l'ensevelissement, car on ne fait pas d'inhumation sur la partie qui est réservée aux piétons (2).

141. Il ne faut pas confondre le domaine privé de l'Etat avec le domaine public. Le premier est dans le commerce ; il peut donc être grevé de servitudes. Chose remarquable et qui vient à l'appui de notre doctrine, dans l'ancien droit, toutes les parties du domaine de l'Etat étaient frappées d'inaliénabilité et par suite elles étaient imprescriptibles. Mais l'inaliénabilité n'empêchait pas l'établissement de servitudes. Cela paraît peu logique, et une dérogation à la rigueur du droit. A vrai dire, il n'y avait pas inconséquence, car les motifs qui ont fait établir l'inaliénabilité du domaine de la couronne n'ont rien de commun avec les servitudes. D'après notre droit moderne, les biens de l'Etat sont aliénables et prescriptibles ; ils sont donc aussi soumis au droit commun en matière de servitudes. Il a été jugé, par application de ce principe, que le droit de passage pour cause d'enclave peut être acquis par prescription sur

(1) Troplong, *De la prescription*, n° 173. En sens contraire, Dalloz, au mot *Domaine public*, n° 59.
(2) Gand, 8 mai 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 175).

un immeuble dépendant du domaine privé de l'Etat (1). Nous examinerons plus loin si ce passage peut s'acquérir par prescription. Il a encore été jugé, conformément au même principe, que l'article 671 s'applique aux bois de l'Etat comme aux bois des particuliers (2). Nous reviendrons sur cette disposition.

142. L'article 637 dit que les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents. C'est l'application du vieil adage que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Le propriétaire de deux fonds peut bien faire servir l'un de ces fonds à l'autre, mais cet usage est l'exercice de son droit de propriété; c'est donc l'exercice de la liberté et non d'un droit de servitude. Nous verrons plus loin sous quelles conditions une servitude peut naître de cette destination du père de famille.

143. Les deux héritages doivent-ils être contigus? Il y a des lois romaines qui semblent exiger la contiguïté, tout en admettant des exceptions à la règle. Duranton a reproduit cette doctrine (3) ; puisque, dit-il, les servitudes sont établies pour l'utilité des fonds, il faut, pour que ce but puisse être atteint, que les héritages soient contigus. Dumoulin, au contraire, soutenait que cette opinion était erronée (4), et c'est son avis qui a été consacré implicitement par les auteurs du code civil. L'article 637, dans le projet adopté par le conseil d'Etat, portait que les héritages devaient être *voisins*. Le Tribunat proposa de supprimer le mot *voisins*. « Il peut y avoir, disait-il, des héritages intermédiaires entre l'héritage à qui la servitude est due et celui qui la doit. » On lit dans le rapport fait au Tribunat par Albisson, que « la condition du voisinage n'est pas tellement essentielle, qu'elle soit indispensable dans une bonne définition (5). »

(1) Arrêt de rejet du 19 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 1, 5).

(2) Arrêt de cassation du 13 mars 1850 (Dalloz, 1850, 1, 89). Comparez le tome VIII de mes *Principes*, n° 92.

(3) Ce n'est pas la théorie romaine ; les jurisconsultes exigent le *voisinage*, mais non la *contiguïté* (Elvers, *Die Servitutenlehre*, p. 166, § 18).

(4) Duranton, t. V, p. 492, n° 454. Dumoulin, *Tractatus de dividuis et individuis*, 3e partie, n° 359 (t. III, p. 252).

(5) Observations du Tribunat, n° 1 (Locré, t. IV, p. 173). Rapport d'Albisson, n° 3 (*ibid.*, p. 185).

Il résulte de là que la *contiguïté* n'est pas une condition requise pour la validité de la servitude. On conçoit, en effet, qu'un fonds non contigu puisse rendre un service à un autre fonds. Deux fonds ne sont pas contigus quand ils sont séparés par un fonds intermédiaire ; or, l'existence de ce fonds intermédiaire peut ne pas être un obstacle à l'exercice de la servitude : tel serait un chemin public ; ou l'obstacle peut n'être que partiel ou temporaire. On voit que la question est de fait plutôt que de droit. Il en est même ainsi du *voisinage*. En général, les fonds doivent être voisins pour que l'un procure un avantage à l'autre. Puis-je stipuler le droit de puiser de l'eau à une fontaine, alors que je n'ai pas de fonds dans le voisinage de la fontaine? La servitude me serait inutile ; or, les servitudes n'ont été établies que pour l'utilité des héritages. Cependant le Tribunat a eu raison de ne pas considérer le voisinage comme une condition essentielle de l'établissement des servitudes. Il se peut, en effet, que quelque éloignés que soient les deux fonds, la charge imposée à l'un procure une utilité à l'autre. Le droit de puiser de l'eau, fût-ce à une grande distance, peut être d'une grande utilité, si dans le voisinage il n'y en a pas. Le législateur a bien fait de s'en rapporter à cet égard aux parties intéressées ; elles n'auront garde de stipuler, c'est-à-dire de payer des droits inutiles. C'est pour ce motif que nous n'insistons pas sur des questions que l'on discute à l'école et que la pratique ignore (1).

N° 2. UNE CHARGE OU UN SERVICE.

144. L'article 686 dit que la servitude doit être établie *pour un fonds*, ce qui signifie, d'après l'article 637, qu'une charge est imposée à un héritage pour l'*usage* et l'*utilité* d'un autre héritage. C'est un caractère essentiel de la servitude ; si le législateur a admis ces restrictions au droit de propriété, c'est parce qu'elles procurent un avantage à un autre fonds : l'un est diminué, l'autre est aug-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 63, notes 11 et 12, et les autorités qui y sont citées.

menté. C'est l'héritage dominant qui doit acquérir cette amélioration; non pas qu'un fonds puisse exercer un droit; mais il faut au moins que tous ceux qui occupent le fonds profitent de la servitude. Tel est un droit de passage; tous ceux qui habitent la maison profitent nécessairement du droit qui leur permet de passer par le fonds du voisin. Mais, disent les jurisconsultes romains, je ne puis pas stipuler, à titre de servitude réelle, le droit de me promener dans le jardin du voisin, ou d'y cueillir des fleurs ou des fruits (1); car ce droit, je le stipule pour mon plaisir personnel, et non pour l'avantage d'un fonds et de ceux qui l'habitent. Ce droit ne pourrait donc être établi qu'à titre de servitude personnelle. Est-ce à dire que la charge ne peut pas consister dans un agrément que l'on procure au fonds dominant? Le code dit *usage* et *utilité;* mais ce que disait d'Argentré de la beauté d'une ville, on peut le dire de l'agrément que présente une maison; ce qui est beau et agréable est par cela même avantageux. Cela a toujours été admis, et le code consacre implicitement la doctrine traditionnelle, en disant dans l'article 686 qu'il est permis aux propriétaires d'établir telles servitudes que bon leur semble, pourvu qu'elles ne soient pas imposées en faveur de la personne, mais pour un fonds. Telle est la servitude de prospect, qui procure une vue agréable aux habitants d'une maison. Cela ne fait aucun doute; il est donc inutile d'insister. Mais s'il ne résultait de la charge imposée à un fonds aucune espèce d'avantage pour le prétendu fonds dominant, non-seulement ce ne serait pas une servitude, mais, comme le dit le tribun Albisson, la stipulation serait absolument nulle (2), car il n'en résulterait aucune action.

145. Il découle de là une conséquence très-importante, c'est qu'un droit stipulé en apparence en faveur d'un fonds n'est pas une servitude réelle, s'il ne profite réellement qu'à la personne du stipulant. Le principe est évident, puisqu'il est écrit dans l'article 686, lequel défend de stipuler

(1) Paul, dans la loi 8, D., *de servit.* (VIII, 1).
(2) Albisson, Rapport, n° 3 (Locré, t. IV, p. 185).

des servitudes en faveur de la personne; mais l'application présente de grandes difficultés, parce qu'il est souvent difficile de décider si la charge est établie en faveur de la personne ou du fonds. Il faut, dans chaque espèce, examiner si le fonds retire un avantage de la charge, c'est-à-dire si tous les habitants du fonds en profitent.

Jadis il y avait une concession très-usitée qui donnait le droit de prendre dans une forêt le bois nécessaire au chauffage du concessionnaire et de sa famille. Pour que ce droit constitue une servitude réelle, il faut avant tout qu'il soit stipulé en faveur d'un fonds. Dans ce cas, il y a servitude. On ne peut pas dire que le droit réel n'est stipulé qu'en faveur de la personne, car les maisons ont besoin de bois de chauffage pour qu'elles puissent être habitées. Donc tous ceux qui occupent la maison profiteront de la servitude, et par conséquent la charge est établie en faveur du fonds (1).

146. En est-il de même du droit de chasse? C'est une question très-controversée, et il y a quelque doute. Il est certain que je puis stipuler le droit de chasse sur le terrain d'autrui. Rien de plus fréquent que ces conventions; mais quelle en est la nature et quels en sont les effets? D'ordinaire c'est un bail; dans ce cas, il est certain que le droit qui en résulte pour le preneur est un droit de créance. On demande si la faculté de chasser peut aussi être consentie à titre de droit réel, soit comme servitude personnelle, soit comme servitude réelle. Chasser est un des attributs de la propriété, c'est donc une des utilités qui sont attachées à un fonds; la question est de savoir si elle peut en être détachée au profit d'une personne ou au profit d'un héritage. Nous avons déjà rencontré la première question et nous l'avons décidée affirmativement (2). Reste à savoir si le droit de chasser peut être stipulé à titre de servitude réelle. En droit romain, on ne l'admettait pas (3); et tel est encore l'avis de la plupart des auteurs sous l'empire

(1) Pardessus, t. Ier, p. 28-31, n° 11.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 113, n° 86 et, plus haut, p. 125 n° 108.
(3) Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 16, p. 150.

du code civil (1). On dit que le droit de chasser ne procure d'utilité et d'agrément qu'au chasseur, qu'il n'en résulte pas une amélioration pour l'héritage au profit duquel on le stipulerait. Cela est vrai, on peut même ajouter qu'il n'y a pas de plaisir plus personnel que la chasse ; c'est une passion, et qu'est-ce qu'il y a de plus individuel qu'un plaisir qui le plus souvent est poussé jusqu'à la passion? Nous croyons que l'opinion générale est fondée sur les vrais principes; mais n'est-elle pas trop absolue? Demolombe dit que l'on ne trouvera jamais un cas dans lequel le droit de chasse améliore un héritage (2). Supposons un parc destiné à la chasse; le propriétaire stipule le droit de chasser sur les terres voisines au profit dudit parc. Voilà bien un droit établi sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage; c'est le parc de chasse comme tel qui sera amélioré; donc il y aura servitude. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Par une concession du 8 juin 1506, le seigneur de Soulaines accorda aux habitants de la commune le droit de chasse, en même temps que les droits de pacage et de glandée. Quelle est la nature du droit résultant de cette concession? D'une part, il affecte le fonds sur lequel il peut s'exercer, par le droit qu'il donne au concessionnaire d'y pénétrer et de poursuivre le gibier; d'un autre côté, il est attaché à l'habitation dans la commune, et non à la personne de l'habitant, car celui-ci le perd dès qu'il quitte la commune : c'est donc un droit sur un fonds et en faveur d'un fonds, partant une servitude réelle (3). On pourrait invoquer les considérants de l'arrêt pour en induire que dans tous les cas le droit de chasse stipulé pour un héritage est un droit réel. Ce serait dépasser, nous semble-t-il, la pensée de la cour; elle a statué sur une hypothèse particulière dans laquelle le droit de chasser n'est plus un plaisir individuel, mais une faculté générale, accordée au même titre que le pacage et la glandée à tous ceux qui habitent la commune; il perd

(1) Voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 56; Aubry et Rau, t. III, p. 62 et note 5.
(2) Demolombe, t. XII, p. 192, n° 687.
(3) Arrêt de rejet du 4 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 1, 14).

par là le caractère personnel qui l'empêche d'être l'objet d'une servitude réelle. Notre conclusion est que le droit de chasse peut être démembré de la propriété, soit à titre de droit d'usage, soit à titre de servitude réelle; mais dans ce dernier cas, il faut qu'il procure une utilité aux héritages dans l'intérêt desquels il est établi, ce qui n'arrive que dans des circonstances exceptionnelles.

147. Peut-on stipuler, à titre de servitude, une charge sur un fonds dans l'intérêt de l'industrie qui est exercée dans un autre fonds? Il règne une grande incertitude sur cette question et dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il faut avant tout préciser le sens de la règle établie par l'article 686, aux termes duquel les services établis ne peuvent être imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. Ce qui caractérise la servitude réelle, c'est que le service est dû par le fonds servant; il faut donc que ce soit une utilité détachée de ce fonds dans l'intérêt du fonds dominant. Si c'est la personne qui rend le service, c'est-à-dire si le service est de telle nature qu'il ne puisse être rendu que par la personne et non par un fonds, il ne peut plus être question d'une servitude. Telle serait la charge stipulée sous le nom de servitude, et consistant en ce que les habitants d'une commune battront les étangs pendant la nuit, ou laboureront les champs au profit d'un héritage dominant. Jadis ces charges étaient imposées à titre de corvées; on ne peut pas les rétablir comme charges réelles; l'article 686 le défend; car il est bien évident que ces charges ne sont pas un service rendu par un héritage à un autre; c'est une obligation imposée à la personne en faveur d'une personne, donc un droit de créance et non un droit réel.

Tel est le sens de la règle établie par l'article 686, quand on considère la servitude comme une charge. Les mêmes principes s'appliquent à la servitude considérée comme droit. La question est de savoir si une charge qui serait un démembrement du fonds servant peut être stipulée au profit d'une personne. Dans l'ancien droit, l'on admettait que toute servitude réelle pouvait devenir personnelle, si elle était stipulée au profit d'une personne, au lieu de l'être

pour un fonds (1). Le code ne le permet plus, il semble même le défendre d'une manière absolue. C'est en ce sens que s'exprime l'orateur du Tribunat; il voit dans toute servitude établie en faveur d'une personne une de ces servitudes que la féodalité avait inventées, et c'est, dit-il, pour supprimer la voie par laquelle elles auraient pu se reproduire que le code défend de stipuler une servitude sur un fonds en faveur d'une personne (2). Toutefois la prohibition de l'article 686 n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air. Gillet dit que l'on comprenait jadis parmi les servitudes personnelles l'usufruit, l'usage et l'habitation, mais que, d'après le code civil, ces droits sont traités comme des appendices de la propriété. Nous avons déjà dit que les auteurs du code ont vainement proscrit le nom de servitudes personnelles, puisqu'ils ont maintenu l'usufruit, l'usage et l'habitation, qui sont de vraies servitudes établies au profit d'une personne. De là résulte une grave modification à la règle, en apparence absolue, de l'article 686 : c'est que l'on peut séparer de la propriété, à titre de droits réels, les divers usages que l'on retire d'un fonds, en les établissant au profit d'une personne (3). En quel sens faut-il donc entendre la prohibition de stipuler une servitude pour une personne? C'est qu'il ne peut plus y avoir d'autres servitudes personnelles que celles que le code maintient sous le titre d'usufruit, d'usage et d'habitation; toute charge sur un fonds qui ne rentre pas dans une de ces trois servitudes ne peut plus être stipulée à titre de servitude personnelle.

148. Est-ce à dire que l'on ne puisse plus stipuler une charge au profit d'une personne? On le peut certainement à titre d'obligation, mais on ne le peut plus à titre de servitude, c'est-à-dire de droit réel, sauf les trois exceptions que nous venons de rappeler. Et grandes sont les différences entre les charges réelles et les charges personnelles. Un droit stipulé à titre de servitude sur un fonds reste

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Servitude*, § IV, n° 4.
(2) Gillet, Discours. n° 12 (Locré, t. IV, p. 195).
(3) Voyez, plus haut, n° 108. Comparez Demolombe, t. XII, p. 184, n° 675. Aubry et Rau. t. III, p. 62, note 6. Demante, t. II, p. 635, nos 541 *bis*, I et II.

attaché à ce fonds, en quelque main que l'héritage servant vienne à passer ; c'est le fonds qui doit le service, et il le doit aussi longtemps qu'il subsiste, si c'est une servitude réelle, et pendant la vie de l'usufruitier ou de l'usager, si c'est une servitude personnelle. Tandis que l'obligation personnelle ou le droit de créance est attachée à la personne du débiteur ; elle passe à ses héritiers, mais non aux détenteurs du fonds. Celui qui n'a qu'un droit de créance ne peut donc pas suivre les biens de son débiteur entre les mains d'un tiers, tandis que le droit réel donne le droit de suite. Enfin celui qui n'est pas obligé personnellement peut se libérer de la charge qui pèse sur lui comme détenteur d'un fonds, en abandonnant ce fonds. Il va sans dire que le débiteur personnel ne peut jamais se délier de l'engagement qu'il a contracté (1).

Il peut se faire qu'un seul et même droit soit stipulé ou comme droit de créance, ou comme droit réel. Dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, il en est ainsi du droit de chasse : il peut être l'objet d'un bail, d'une servitude personnelle ou d'une servitude réelle. Tout le monde admet que le droit de passage peut être établi sur un fonds en faveur d'une personne à titre de droit d'usage, donc de servitude personnelle; ce même droit est une des servitudes réelles les plus fréquentes, et il peut aussi être stipulé comme un droit de créance. On appliquera, selon les divers cas, les principes qui régissent les obligations, les servitudes réelles ou les servitudes personnelles. Mais il peut être douteux si le droit est une créance, une servitude réelle ou une servitude personnelle. C'est moins aux termes dont les parties se sont servies qu'il faut s'attacher qu'à la nature du droit et à l'intention des contractants. Il faut surtout tenir compte de la règle fondamentale établie par l'article 686 ; pour que le droit soit une servitude réelle, il doit être dû par un fonds et en faveur d'un fonds ; pour qu'un droit soit une servitude personnelle, il faut qu'il puisse être considéré comme un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation ; enfin tout droit peut être un droit de créance, si

(1) Pardessus, t. Ier, p. 19 et 20, n° 9. Demolombe, t. XII, p. 177, n° 671. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 747-749.

la personne seule est obligée, et si la personne seule a un droit. Mais si les principes sont simples, il n'en est pas de même de l'application : nous verrons qu'un auteur qui jouit d'une grande réputation a décidé le pour et le contre dans une seule page (1).

149. Pour que la question puisse être agitée, il faut supposer qu'il y a deux fonds ; une charge est imposée à l'un de ces fonds dans l'intérêt du commerce ou de l'industrie exercée par le propriétaire de l'autre fonds : y a-t-il servitude ou droit de créance? A notre avis, il n'y a jamais servitude; en effet, la charge, quand même elle grèverait un fonds, ne sert pas à l'utilité d'un autre héritage, l'intérêt du commerce et de l'industrie étant un intérêt tout à fait personnel au commerçant ou à l'industriel, et non un intérêt de l'héritage ; donc il ne peut résulter d'une stipulation pareille qu'un droit de créance; il ne saurait être question d'une servitude personnelle, puisque le commerçant ou l'industriel n'ont aucun droit d'usage sur un fonds servant. Cœpolla suppose que le vendeur stipule que l'acheteur d'une maison ne pourra pas y fonder un commerce rival du sien; il décide que cette convention n'engendre pas de servitude, mais seulement une obligation personnelle, si le vendeur n'a pas d'autre maison au profit de laquelle la charge est stipulée; mais si le vendeur a une maison où il exerce le même commerce, la convention, dit-il, vaudra comme servitude (2). Demolombe fait dire à Cœpolla que, dans le cas même où le vendeur aurait deux maisons, il ne résulterait qu'un droit d'obligation de cette convention, et il ajoute que cette solution lui paraît encore *généralement* exacte aujourd'hui. Puis le jurisconsulte français demande si la clause par laquelle le propriétaire d'une maison aurait le droit d'empêcher le maître d'un terrain voisin d'y exercer une industrie rivale de la sienne, *pourrait, suivant les cas*, engendrer une servitude (3). Est-ce oui? est-ce non? Nous citons cet exemple pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre un langage

(1) Pardessus, t. 1er, p. 25, n° 10. Demolombe, t. XII, p. 182, n° 679.
(2) Cœpolla, *Tractatus de servitutibus*, I, 12, 1, p. 19.
(3) Demolombe, t. XII, p. 185, n° 685.

vague, à double sens, qui permet de décider le pour et le contre. La question est une question de principes, et il y faut répondre catégoriquement. Nous n'admettons pas la distinction de Cœpolla. Un héritage n'est ni commerçant ni industriel, comme un fonds est nécessairement agricole; c'est par des aptitudes spéciales que l'on devient industriel ou commerçant; c'est donc pour une profession spéciale que l'on stipule la charge qui consiste à écarter des rivaux; tout cela est personnel, et il n'en peut résulter qu'une obligation personnelle (1).

La jurisprudence est hésitante comme la doctrine. Une clause d'une vente défend de convertir un moulin à huile en moulin à moudre du seigle. Il a été jugé que cette convention n'a pour objet que la concurrence et la limitation de l'industrie, que partant elle n'a aucun des caractères qui constituent un service foncier, qu'il n'en peut donc résulter qu'une obligation personnelle (2). Même décision dans un cas analogue. Un propriétaire exploite dans son domaine les cendres pyriteuses qu'il contient; il vend à son ancien régisseur un moulin, et le sol sur lequel ce moulin est établi renfermait aussi des cendres minérales utiles à l'agriculture. Il fut convenu dans l'acte de vente que « l'acquéreur ou ses ayants cause ne pourraient sous aucun prétexte faire aucune extraction de cendrée dans les terrains vendus, sans en avoir obtenu le consentement du vendeur, condition sans laquelle la vente n'aurait pas eu lieu. » La cour d'Amiens décida que cette convention ne constituait pas une servitude, parce qu'elle n'était pas établie pour l'utilité d'un autre héritage, qu'elle avait uniquement pour objet de mettre le vendeur à l'abri de la concurrence que l'acheteur pouvait lui faire dans l'exploitation de son industrie; d'où la cour conclut que l'engagement contracté par l'acheteur était purement personnel. Sur le pourvoi, la cour de cassation maintint l'arrêt, mais sans décider la question en principe (3).

(1) Comparez Pardessus, t. I[er], p. 32 et suivante, n° 11.
(2) Bruxelles, 8 mars 1809. Dans le même sens, Liége, 26 août 1811 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 24, 1° et 2°).
(3) Amiens, 19 février 1851 (Dalloz, 1851, 2, 109). Arrêt de rejet du 8 juillet 1851 (*ibid.*, 1851, 1, 188).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation. Un propriétaire donne à bail à rente foncière une pièce de terre voisine d'une maison où le bailleur tenait auberge; le preneur s'interdit à perpétuité, pour lui et les siens, de tenir ou de faire tenir auberge dans les maisons qui y seraient construites. Au mépris de cette clause, le locataire d'un des bâtiments y ouvrit un cabaret. Le tribunal d'appel de Rouen décida que la clause prohibitive était nulle, comme violant la liberté d'industrie et de commerce proclamée par la constitution. Sur le pourvoi, sa décision fut cassée; la cour de cassation vit dans cette clause une servitude réelle (1). Il nous semble qu'il y a erreur de part et d'autre. Ce n'était pas une servitude, parce que la convention avait uniquement pour but d'écarter la concurrence. La clause n'était pas nulle, car elle ne concernait que des intérêts privés sur lesquels les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables.

150. Il y aurait, au contraire, servitude dans l'espèce suivante. Celui qui, ayant deux maisons, en vend une sous la charge que l'acheteur ou ses ayants cause n'y établiront jamais un cabaret. Ici on peut appliquer la distinction de Cœpolla. Le stipulant a une maison attenante à celle qu'il vend, et à laquelle il impose cette charge. Considérée passivement, la charge est un démembrement de la propriété; l'acheteur a le droit, comme propriétaire, de faire de sa chose ce qu'il veut, d'y établir un cabaret, si tel est son bon plaisir; la charge à laquelle il se soumet restreint son droit. Cette restriction à laquelle il assujettit son héritage a pour objet l'utilité de l'héritage du vendeur. En effet, les cabarets sont une cause de trouble pour le voisinage; le bruit, les disputes, souvent la danse et la musique troublent le repos des voisins. L'héritage au profit duquel la charge est stipulée en est donc amélioré. Voilà bien les caractères de la servitude (2).

(1) Arrêt de cassation du 4 frimaire an III (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 51).

(2) Pardessus, t. Ier, p. 31, n° 11. Voyez jugement du tribunal de Gand du 3 avril 1860 (*Belgique judiciaire*, t. XVIII, p. 792). Ce jugement n'est

Il en serait autrement si la charge ne procurait aucune utilité appréciable à l'héritage pour lequel elle est imposée. Ainsi je ne puis pas stipuler à titre de servitude que l'acheteur ou le propriétaire voisin n'établira pas une école dans sa maison ou n'y fondera pas de couvent. Une école peut ne pas convenir aux goûts du stipulant, un couvent peut être antipathique à un autre; mais ce sont là des répugnances personnelles, qui n'ont rien de commun avec l'amélioration de l'héritage dominant; le bruit que font les écoliers ne peut pas être comparé aux saturnales d'un cabaret. C'est donc l'utilité que la charge procure à l'héritage qui décide la question. Si le fonds dominant était un hôpital qui, à raison de sa destination, doit jouir de la plus profonde tranquillité, on pourrait stipuler, à titre de servitude, que les voisins n'y établiront pas une profession bruyante. Une pareille stipulation produirait même une servitude si elle était faite au profit d'un particulier, pourvu que les professions exclues soient réellement incommodes au voisinage. Il y aurait une restriction à faire si le trouble était purement personnel à tel voisin, par exemple si c'était un homme d'études ou s'il était malade; la charge serait stipulée, en ce cas, au profit de la personne, et par conséquent ne créerait pas de servitude.

151. La cour de cassation s'est trouvée en conflit avec deux cours d'appel dans l'interprétation d'un contrat, où les cours impériales ont vu une servitude et la cour suprême une obligation. Les habitants d'une commune jouissaient, de temps immémorial, du droit de couper dans une forêt des paisseaux ou échalas. En 1828, il intervint, entre le propriétaire de la forêt et la commune, une transaction dont voici la substance : la commune renonçait à son droit d'usage dit de *paisselis* et à tous autres usages dans ladite forêt; le propriétaire s'obligeait à fournir annuellement et à perpétuité à la commune 320,000 échalas; la forêt était affectée hypothécairement à la sûreté de cette obligation. En 1853, la forêt ayant été vendue à divers propriétaires,

pas contraire à notre opinion, car il est rendu dans une espèce où la prohibition avait pour objet d'écarter la concurrence. Elle rentrait donc dans la question discutée au n° 149.

l'un des acheteurs se mit à défricher. La commune soutint que le défrichement était une atteinte à son droit de servitude. De là question de savoir s'il y avait servitude. La cour de Dijon se prononça en faveur de la commune. La charge, dit-elle, est imposée à un fonds pour l'utilité d'autres immeubles; elle suit le fonds servant en quelques mains qu'il passe ; tout est donc réel dans cette convention, partant il y a servitude. Non, dit la cour de cassation; car la transaction a eu pour but et pour effet d'abolir le droit d'usage, droit réel, et de le remplacer par une prestation annuelle d'échalas qui n'est qu'un droit de créance : ce qui le prouve, c'est que la commune déclare ne plus prétendre à l'exercice d'aucun droit de paisselis ni d'usages quelconques (1). La cour de Lyon adopta l'avis de la cour de Dijon, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Il s'agissait de savoir si la commune avait renoncé à son droit réel d'usage ; or, les motifs pour lesquels les parties transigèrent et les termes mêmes de la transaction prouvent que telle n'était pas leur intention. Les habitants coupaient eux-mêmes les échalas, sans distinction des espèces permises et des espèces prohibées, et cela au grand dommage de la forêt. On convint donc d'un nouveau mode d'exercer le droit de paisselis, comme le dit formellement l'acte de transaction. Cela décide la question, car le droit de paisselis est un droit réel, et il ne change pas de nature par le changement du mode d'exercice. Il y avait, à la vérité, dans la transaction, des expressions que l'on pouvait interpréter dans le sens de la cour de cassation, mais on ne devait pas les isoler de l'objet essentiel de la convention sur lequel il n'y avait pas de doute. Il n'y eut pas de pourvoi contre cette décision de la cour de Lyon; mais la commune attaqua l'arrêt en ce qu'il avait jugé que la servitude de paisselis n'empêchait pas l'un des acquéreurs de défricher son lot, et la cour de cassation lui donna gain de cause. L'article 701 est formel : le propriétaire du fonds servant ne peut faire dans l'état des lieux aucun changement tendant à dimi-

(1) Dijon, 7 décembre 1855 et arrêt de cassation du 20 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 402).

nuer l'assiette de la servitude et les garanties données pour en assurer l'exercice (1). Nous reviendrons sur ce point.

On demande comment les tribunaux jugeront en cas de doute, et les doutes ne manquent pas en cette matière. Faut-il présumer qu'il y a servitude réelle plutôt que droit de créance ou servitude personnelle? On prétend que les parties seront censées avoir établi une servitude réelle (2). Il nous semble qu'il ne faut rien présumer du tout, par la raison que la loi n'établit pas de présomption, et peut-il y avoir une présomption sans loi? C'est au juge à interpréter les actes, en recherchant l'intention des parties. Il n'est lié par aucune loi, sauf les dispositions que le code contient sur l'interprétation des conventions. L'article 1156 porte : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Il ne faut donc pas attacher trop d'importance aux mots de servitude ou d'obligation dont les parties se servent; c'est la nature du droit, l'utilité que l'on a eue en vue qu'il faut considérer de préférence. L'article 1157 pose une autre règle : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Si donc une convention établit une charge sur un héritage à titre de droit réel, mais qu'il y ait doute sur le point de savoir si la charge est stipulée au profit de la personne ou d'un fonds, il faut se prononcer pour la servitude réelle, puisque, aux termes de l'article 686, la stipulation d'une servitude personnelle est nulle en principe.

(1) Lyon, 8 juillet 1858 et arrêt de cassation du 7 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 293).
(2) Dalloz, au mot *Servitude*, n° 28.

N° 3. RÉALITÉ DE LA SERVITUDE.

152. Le code considère la servitude comme une charge qui grève le fonds servant. On peut aussi la considérer comme un droit établi en faveur du fonds dominant. C'est ainsi que Pothier définit la servitude : le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin pour la commodité du sien. Domat dit aussi que la servitude est un droit qui assujettit un fonds à quelque service pour l'usage d'un autre fonds. Il en est des droits réels comme des obligations : il n'y a pas d'obligation sans un droit corrélatif, on ne conçoit pas un débiteur sans un créancier. De même si un fonds est grevé d'une charge, cela suppose un autre fonds pour l'utilité duquel elle est établie. Nous disons un autre fonds, puisque, aux termes de l'article 686, la servitude ne peut être établie au profit de la personne. En matière d'obligations, c'est un seul et même droit qui s'appelle créance quand il est actif, et dette quand il est passif. La servitude aussi est la même, qu'on la considère passivement comme une charge, ou activement comme un droit; ce qui la caractérise, c'est la réalité; la charge est réelle et le droit est réel. Elle est classée parmi les droits qui sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 526). A la différence de l'usufruit qui peut être mobilier ou immobilier, les servitudes sont nécessairement immobilières, puisqu'elles s'exercent toujours dans un fonds et au profit d'un fonds.

Il y a encore une autre différence entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles. Les premières sont des droits détachés de la propriété, laquelle se trouve démembrée; le propriétaire ne porte plus ce nom, on l'appelle nu propriétaire; une partie de son droit appartient à l'usufruitier ou à l'usager, lesquels en ce sens sont également propriétaires. On peut aussi dire de la servitude qu'elle est une propriété; mais cette propriété n'a pas d'existence distincte, séparée de l'héritage dominant; comme le disent les jurisconsultes romains, les servitudes

sont des qualités du fonds dominant et du fonds servant (1); et on ne conçoit pas qu'une qualité soit détachée de la chose. De là suit qu'à la différence de l'usufruit, les servitudes ne peuvent être vendues ni louées séparément du fonds dominant, ni par conséquent hypothéquées. Elles suivent le fonds, soit comme droit, soit comme charge.

153. Le droit de suite est une conséquence de la réalité de la servitude. Une qualité reste attachée au fonds en quelques mains qu'il passe. Il n'est pas nécessaire que la servitude soit déclarée dans l'acte translatif de propriété, soit du fonds servant, soit du fonds dominant : le fonds est transmis avec ses qualités. Cela est si élémentaire qu'il est presque inutile de citer des autorités (2). Toutefois il faut remarquer que notre nouvelle loi hypothécaire a apporté une grave dérogation au code civil. Les actes translatifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi. (Art. 1er de la loi du 16 décembre 1851.) Nous reviendrons sur ce principe.

La réalité de la servitude la distingue profondément du droit d'obligation. Nous venons de rappeler les différences qui séparent la servitude et le droit de créance (n° 148). C'est le fonds servant qui est grevé, ce n'est pas la personne qui est obligée; tandis que le débiteur est tenu de faire ou de donner, le possesseur de l'héritage servant est seulement tenu de souffrir ou de ne pas faire. Sous ce rapport, sa condition paraît plus favorable que celle du débiteur; à d'autres égards, elle l'est moins. Le débiteur, obligé à faire, ne peut être contraint de faire ce qu'il ne veut pas faire, la volonté de l'homme étant libre; mais celui qui a un droit de servitude peut l'exercer directement dans la chose qui en est grevée, de même que le propriétaire peut user de son droit et briser la résistance qu'il rencontre, en invoquant au besoin l'autorité de la justice et de la force publique qui exécute les décisions judiciaires. Ce droit rigoureux appartient aussi au propriétaire du

(1) L. 26, D., *de verb. signif.* (L, 16).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 64 et note 15. Il faut ajouter un arrêt de Liége du 19 mars 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 56).

fonds dominant. Le maître du fonds servant n'a qu'un moyen de se soustraire à la charge qui est imposée à son fonds, c'est de l'abandonner. Ici il reprend l'avantage sur le débiteur : celui-ci ne peut pas se délier de son obligation en abandonnant la chose qui en est l'objet; sa personne est tenue, et tenue indéfiniment.

N° 4. PERPÉTUITÉ DE LA CAUSE.

154. La perpétuité de la cause était un caractère essentiel des servitudes en droit romain. Comme les interprètes ne sont pas d'accord sur la perpétuité de la cause, on s'est prévalu de leurs dissentiments pour accuser les jurisconsultes romains de subtilités contraires au bon sens (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat. La législation moderne présente assez de difficultés sans que l'on y mêle celles qui naissent des textes du Digeste. Domat dit que les servitudes sont perpétuelles (2). Elles ont cela de commun avec la propriété. Mais la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété (3); elle ne peut donc pas être de l'essence des servitudes. La servitude étant une qualité du fonds doit participer de la nature du droit de propriété dont le fonds est l'objet, la qualité étant inséparable du fonds. Sous ce rapport, les servitudes réelles diffèrent des autres droits réels; les servitudes personnelles sont essentiellement viagères; les droits d'emphytéose et de superficie ont une durée limitée; les hypothèques ne sont qu'un accessoire de la dette principale, laquelle est destinée à s'éteindre par le payement. Pourquoi en est-il autrement des servitudes prédiales? Nous venons d'en dire le motif juridique : la qualité ne peut être temporaire quand le droit auquel elle est attachée est perpétuel. Cela est aussi fondé en raison. Le législateur permet de détacher une utilité que le propriétaire pourrait tirer de son héritage pour

(1) Dalloz, au mot *Servitude*, n° 41. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, p. 151.
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, p. 123.
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 139, n° 104.

l'attacher à un autre héritage, parce que si le fonds servant en est diminué, le fonds dominant en est augmenté de valeur. Cela suppose que l'intérêt des propriétaires exige cet échange de services ; s'il s'agissait de l'intérêt des personnes, celui-là est changeant et passager, comme l'est la vie; mais c'est pour le fonds que la servitude est établie, et les fonds ne changent pas; l'intérêt du fonds est donc, en général, un intérêt perpétuel : de là la perpétuité des servitudes. Mais la perpétuité n'étant pas de l'essence de la servitude, pas plus que de la propriété, rien n'empêche d'en limiter la durée. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la modalité des servitudes.

155. La perpétuité des servitudes établit une nouvelle différence entre les servitudes et les obligations. Celles-ci sont destinées à être éteintes par leur exécution; ainsi le droit de créance s'éteint par cela même qu'il est exercé, le créancier pouvant exiger l'exécution de l'obligation et le débiteur étant tenu de payer. Tandis que le propriétaire du fonds dominant peut toujours exercer son droit; alors même qu'il l'a acheté, il ne peut pas être contraint au rachat, à moins que la convention ou la loi ne l'autorisent. C'est ainsi que le droit de vaine pâture, quand il est fondé sur un titre, peut être racheté (1). Mais hors de ces exceptions, personne ne peut être forcé de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique. Il résulte de là une différence entre les servitudes et les hypothèques ; les hypothèques peuvent être effacées par une procédure particulière que l'on appelle la purge. La raison en est qu'elles ne sont que l'accessoire d'une créance. Au contraire, les servitudes sont une propriété, et une propriété ne peut pas s'effacer.

N° 5. DE L'INDIVISIBILITÉ DES SERVITUDES.

156. Les servitudes sont-elles indivisibles? L'indivisibilité est la matière la plus obscure du code; dans son application aux servitudes, elle partage les princes de la

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 8. Aubry et Rau (t. III, p. 64, note 18) donnent encore d'autres exemples.

science. Ecoutons Pothier : « Les droits de servitude réelle sont indivisibles, et ne sont pas susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles; car il répugne qu'un héritage ait pour partie sur l'héritage voisin un droit de passage, un droit de vue ou quelque autre droit de servitude, et il répugne pareillement qu'un héritage en soit chargé pour partie. » Pothier prévoit l'objection que l'on peut faire, au point de vue pratique, contre la théorie de l'indivisibilité, et il y répond : « L'usage d'un droit de servitude peut bien être limité à certains jours, à certaines heures; mais ce droit, dont l'usage est ainsi limité, est un droit entier de servitude, et non une partie de droit (1). » Pothier s'exprime avec un ton de certitude qui semble exclure tout doute. Cependant il savait que Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, professait l'opinion contraire; or, c'est Dumoulin qui avait trouvé la clef du labyrinthe de l'indivisibilité : on sait que tel est le titre que lui-même a donné à son traité sur l'indivisibilité des obligations, traité que Pothier n'a fait que résumer. Eh bien, dans ce traité, il soutient contre tous que certaines servitudes sont aussi divisibles que de l'argent. Pourquoi l'illustre jurisconsulte prend-il un air de défi en énonçant un avis qui contrariait l'opinion générale? « *Fremant omnes licet*, » s'écrie-t-il (2). C'est qu'il avait contre lui les interprètes du droit romain; le plus profond de tous, Doneau, n'hésite pas à enseigner, à la suite d'Ulpien, que les servitudes réelles sont indivisibles de leur essence, et telle est encore aujourd'hui l'opinion la plus accréditée parmi les romanistes (3). Celui qui a un droit de passage peut-il passer pour un tiers ou un quart? Conçoit-on que le droit de vue s'exerce pour moitié? Est-ce que la servitude de ne pas bâtir a des parties?

157. D'où vient ce dissentiment et sur quoi porte-t-il? On ne s'accorde pas sur ce qu'il faut entendre par un droit

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans, Introduction au titre des Servitudes*, titre XIII, n° 3.
(2) Dumoulin, *Tractatus de dividuo et individuo*, IIIe partie, n° 290.
(3) Donellus, *Commentaria*, XV, 6, 5 (t. IX de l'édition de 1826, p. 59). Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 55, p. 543.

indivisible, ni sur les conséquences de l'indivisibilité. Les auteurs du code ont procédé comme il convient à des législateurs; laissant là la théorie, ils n'ont pas même prononcé le mot d'indivisibilité dans le titre des *Servitudes*, mais les articles 700, 709 et 710 consacrent les applications les plus usuelles de la doctrine enseignée par Pothier. Nous y reviendrons; pour le moment, nous constaterons seulement les principes d'où dérivent les conséquences que le législateur français a formulées. Les servitudes réelles sont indivisibles en ce sens qu'elles ne peuvent pas s'acquérir pour une quote-part mathématique; on ne conçoit pas même que l'on achète un cinquième du droit de passer par un fonds, ni qu'on possède et qu'on prescrive un cinquième du droit de vue sur un héritage. Et ce qui est vrai de l'acquisition du droit est aussi vrai de l'extinction des servitudes. Les servitudes sont encore indivisibles en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles affectent chaque partie de l'héritage servant. Cela n'empêche pas, comme l'a déjà dit Pothier, que l'exercice des servitudes puisse être limité quant au lieu, au temps et au mode. Et puisque cela peut se faire par convention, cela peut aussi se faire par prescription. Nous croyons inutile de combattre les opinions contraires, parce que le dissentiment ne porte que sur des abstractions; sur les questions d'application, tout le monde est d'accord (1).

§ III. *Différence entre la servitude et la propriété.*

N° 1. DE LA PROPRIÉTÉ EXCLUSIVE.

158. Au premier abord, on pourrait croire qu'il est impossible de confondre la propriété avec la servitude, qui n'est qu'un démembrement de la propriété. Cependant il y a bien des cas où un seul et même droit peut avoir les apparences d'une servitude ou d'une propriété. Nous cite-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 64 et notes 19, 20 et 21. Comparez, en sens contraire, Pardessus, t. I[er], p. 60, n[os] 22, 23 et 24. Toullier, t. VI, n[os] 783 et suiv.

rons un exemple qui s'est présenté devant la cour de cassation. Un propriétaire cède à titre d'albergement (1) deux pièces de terre, moyennant une redevance annuelle, et en outre sous l'obligation contractée par l'albergataire de *maintenir une allée* qui traversait l'une des deux pièces albergées et de remplacer les arbres qui viendraient à périr. L'albergateur s'était-il réservé l'allée à titre de propriété ou à titre de servitude? Si c'était à titre de servitude, le droit pouvait s'éteindre par la prescription, tandis que la propriété ne se perd pas par le non-usage. Tel était l'intérêt du débat. La cour de Grenoble décida que la clause du contrat ne pouvait être considérée comme une réserve de la propriété du sol de l'allée, que c'était une servitude imposée au fonds qui restait assujetti au droit de passage, et en même temps une charge personnelle imposée à l'albergataire d'entretenir la plantation qui formait l'allée. Or, les albergataires n'ayant plus fait de travaux d'entretien depuis plus de trente ans, l'arrêt les déclara affranchis de cette obligation. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet, l'interprétation des contrats étant abandonnée au juge du fait (2).

159. On voit quel est l'intérêt de la question que nous venons de poser. Au titre de l'*Usufruit*, nous avons appelé l'attention sur la différence remarquable qui sépare la propriété et les servitudes : l'une est à l'abri de toute perte alors même que le propriétaire resterait plus de trente ans sans user de son droit, tandis que les autres s'éteignent par le non-usage de même que les obligations s'éteignent par la prescription (n° 60). Il y a aussi une différence en ce qui concerne l'acquisition de la propriété et des servitudes : la première s'acquiert par la prescription, et quand il s'agit de meubles corporels, il suffit même d'une possession instantanée, tandis que les servitudes discontinues ou non apparentes ne s'acquièrent que par titre. Il va sans dire qu'il y a une différence capitale entre le droit du propriétaire et le droit du maître du fonds dominant; l'un

(1) C'est le nom que l'on donnait dans le Dauphiné au bail emphytéotique (Merlin, *Répertoire*, au mot *Albergement*).
(2) Arrêt de rejet du 15 février 1842 (Dalloz, au mot *Preuve*, n° 52).

jouit et dispose de la chose de la manière la plus absolue, l'autre n'a qu'un démembrement de ce droit absolu, et il doit se restreindre dans les limites précises de son droit (1).

160. Il importe donc beaucoup de savoir si un droit est établi à titre de propriété ou à titre de servitude. Comment les distinguer? Avant tout, il faut consulter le titre qui établit le droit. Dans l'espèce que nous venons de rapporter (n° 158), l'acte décidait assez clairement la difficulté. Celui qui aliène un fonds, en imposant à l'acquéreur la charge de *maintenir* un passage, grève par là même le terrain vendu de ce passage; en effet, il ne se réserve pas la propriété du terrain par lequel le passage sera pratiqué; donc ce terrain reste compris dans l'aliénation, et par conséquent il devient la propriété de l'acquéreur; dès lors le passage ne peut être qu'une servitude. La question est plus difficile quand le droit est acquis par prescription. On peut acquérir par prescription la propriété du dessous du sol, tel qu'une cave, un puits, une fosse d'aisances; l'article 553 le suppose. On peut aussi acquérir par prescription le droit de se servir de la cave, du puits ou des fosses d'aisances, à titre de servitude continue et apparente. Comment distinguera-t-on la possession à titre de propriétaire et la possession à titre de servitude?

On dit que la propriété est une chose corporelle, tandis que la servitude est un droit, une qualité active ou passive du fonds; la distinction est de pure théorie, et elle est même très-contestable, car la propriété est aussi un droit réel, le plus considérable de tous; elle s'exerce dans une chose corporelle, mais il en est de même de la servitude. Dans l'ancien droit, l'on admettait qu'il y a propriété plutôt que servitude, quand il y a incorporation, inédification dans l'héritage voisin, et on décidait en conséquence que celui qui bâtit un aqueduc sur le fonds d'autrui, ou qui incorpore un égout dans un édifice appartenant à un autre, fait un acte de propriétaire; d'où l'on concluait que les droits d'égout et d'aqueduc pouvaient s'acquérir par prescription, là même où les servitudes ne s'acquéraient pas par la pos-

(1) Demolombe, t. XII, p. 173, n° 672.

session (1). On prétend qu'il en est de même sous l'empire du code civil, en ce sens du moins que l'inédification annonce le droit de propriété (2). Cela est dit dans un arrêt de la cour de cassation, lequel invoque l'article 712 (3). Nous croyons que la cour a mal interprété cet article; il porte que la propriété s'acquiert par *accession ou incorporation*, et par prescription. La loi considère donc l'*incorporation* comme une espèce d'*accession*, ce qui se rapporte à l'article 553, lequel décide effectivement qu'il y a accession par l'édification ou l'incorporation (4). Ainsi l'article 712 doit être écarté comme étranger à la question, et l'article 553 ne la tranche pas davantage; en effet, les travaux peuvent être faits pour l'établissement d'une servitude, aussi bien que pour l'acquisition de la propriété. En définitive, c'est la nature de la possession qui décidera. C'est donc une question de fait. Autre est la possession à titre de propriétaire, titre exclusif, absolu; autre la possession à titre de servitude, titre exceptionnel, limité, impliquant un droit supérieur dont il n'est qu'un démembrement. Les juges apprécieront. La même difficulté se présente en cas de copropriété; nous y reviendrons.

161. L'application de ces principes a donné lieu à un débat qui a été porté devant la cour de cassation. Nous dirons plus loin que les sources sont l'objet d'une propriété exclusive au profit du propriétaire du terrain où elles jaillissent. Mais le propriétaire inférieur peut y acquérir un droit, soit par titre, soit par prescription. Quelle est la nature de ce droit? est-ce propriété? est-ce servitude? Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un titre, c'était une transaction intervenue en 1656; le propriétaire inférieur avait besoin des eaux pour l'irrigation de ses prairies; la transaction lui attribue la totalité de ces eaux, moyennant l'échange d'un pré contre des terrains d'une contenance supérieure. La cour de Grenoble, interprétant cette convention, décida qu'elle donnait au propriétaire

(1) Lalaure, *Traité des servitudes réelles*, livre I, chap. IX, p. 170.
(2) Toullier, t. II, p. 203, n° 469 *bis*.
(3) Arrêt de rejet du 22 octobre 1811 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 36).
(4) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 204, note.

inférieur un droit de propriété sur les veines alimentaires de la source qui se trouvaient dans le fonds supérieur. Il en résultait une conséquence très-importante : le propriétaire du fonds supérieur y avait fait des travaux par suite desquels le propriétaire inférieur n'avait pas fait usage des eaux ; il soutenait que le droit aux eaux était éteint par le non-usage. Il fut jugé que le non-usage ne fait pas perdre le droit de propriété (1).

N° 2. LA COPROPRIÉTÉ.

162. La ressemblance entre la servitude et la propriété que nous venons de signaler se présente également et plus souvent entre la copropriété et la servitude. De là surgissent de nouvelles difficultés. Il règne quelque incertitude sur cette matière dans la jurisprudence, et la doctrine aussi est incertaine et obscure. Nous croyons qu'il faut distinguer avant tout le cas où les parties intéressées ont formellement stipulé la copropriété d'une chose, et le cas où l'usage d'une chose est commun entre plusieurs personnes, sans que l'on sache si c'est à titre de servitude ou à titre de copropriété. Il arrive parfois que des propriétaires, en vendant ou en partageant un héritage, réservent une partie accessoire pour leur usage commun ; cela a lieu pour les allées, ruelles, cours, fosses d'aisances ou puits destinés au service de plusieurs maisons ; cela peut arriver aussi pour les avenues, sentiers, chemins ou abreuvoirs affectés à l'exploitation de divers fonds ou domaines. Dans cette première hypothèse, la copropriété est certaine, puisque nous supposons que l'acte la stipule. Cette copropriété est régie par des principes particuliers sur lesquels nous reviendrons plus loin (2). Ainsi il est généralement admis que si la chose commune est absolument indispensable aux divers copropriétaires pour le service ou l'exploitation de leurs fonds, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 815 aux

(1) Arrêt de rejet du 13 juin 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 411 et suiv., et notes 1-3.

termes duquel nul n'est tenu de rester dans l'indivision; par suite le partage ne pourra pas être demandé. En le décidant ainsi, les cours ont assimilé cette copropriété à une servitude réciproque. Cela est-il exact?

La cour de cassation l'a jugé ainsi en principe. « Toutes les fois, dit-elle, qu'entre deux héritages, possédés par différents propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation des propriétés principales, que, sans sa possession et jouissance commune, ces propriétés seraient ou de nul usage ou d'un usage notablement détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit accessoire, et les deux propriétaires sont censés demeurer, à cet égard, moins dans une indivision que dans une *servitude réciproque* de l'un envers l'autre (1). » La cour de cassation a appliqué ce principe à un partage qui stipulait que la porte cochère et la cour resteraient communes entre les partageants : ce n'est pas une indivision, dit l'arrêt, c'est une *servitude réciproque* de l'un des propriétaires envers l'autre (2).

Cette assimilation de la copropriété et de la servitude est tout à fait inadmissible. Elle est contraire à un principe élémentaire de droit, d'après lequel personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Les propriétaires se servent de la chose qui est restée commune entre eux à titre de propriété, puisqu'ils s'en sont expressément réservé le domaine; ce qui exclut toute idée de servitude. La différence n'est pas une différence de mots, car les principes qui régissent la copropriété et la servitude diffèrent en des points essentiels, comme nous l'avons déjà dit de la propriété. Là où il y a copropriété, il faut écarter toute idée de servitude. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce plus récente, en refusant d'appliquer à la copropriété l'article 701 qui régit les servitudes. Un passage avait été réservé dans un partage, comme une dépendance nécessaire de chacun des lots; la cour dit très-

(1) Arrêt de rejet du 10 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1520). Dans le même sens, Duranton, t. V, p. 141, n° 149.
(2) Arrêt de rejet du 21 août 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 33, 2°).

bien qu'il ne résultait de là aucune servitude, puisqu'il n'y avait ni fonds dominant ni fonds servant. Qu'y avait-il donc? L'avenue était indivise, c'est-à-dire propriété commune avant le partage; on la réserva dans le partage, elle resta ce qu'elle était, propriété indivise, commune entre les copartageants (1).

163. Est-ce à dire que, dans tous les cas où une chose accessoire sert à plusieurs héritages principaux, elle doive être considérée comme une dépendance de ces fonds, et par suite comme une chose commune ou une copropriété? Non; il faut d'abord distinguer s'il y a un titre ou s'il n'y en a pas. Si, dans un acte de vente ou de partage, on stipule qu'il y aura une issue ou une allée qui, tout en étant propriété de l'une des parties contractantes, servira à l'usage de toutes les autres, il est certain qu'il y aura servitude à l'égard de ceux qui useront de la chose sans en être propriétaires, au profit de leurs héritages; ces héritages seront les fonds dominants, et la chose sur laquelle s'exercera le droit d'issue ou de passage sera le fonds servant. Le propriétaire de la porte ou de l'allée s'en servira également, mais à titre de propriété. Il résultera de là qu'une seule et même chose sera l'objet d'une propriété exclusive de l'un des voisins, et d'un droit de servitude pour les autres. De là peuvent naître des conflits d'intérêts. Par contre, il n'y aura plus de contestation possible sur le partage de la chose, puisqu'elle ne sera pas commune, et le droit de servitude assurera aux propriétaires des fonds dominants l'avantage qu'ils voulaient se réserver, puisque les servitudes sont perpétuelles et ne peuvent pas être rachetées (n° 155).

Ainsi un seul et même usage d'une chose, l'issue ou le passage, peut être stipulé, soit à titre de copropriété, soit à titre de servitude. C'est ce que Toullier dit très-bien, et la chose est évidente (2). « Au lieu, dit-il, de laisser en état de communauté forcée les objets qui servent à tous, on peut en donner la propriété à l'un des ayants droit, et les

(1) Arrêt de rejet du 15 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 125) En ce sens, Dalloz, *Répertoire*, au mot *Servitude*, n° 34.

(2) Toullier, t. II, p. 208, n° 469 (édition de Duvergier).

grever d'un droit de servitude en faveur de l'autre. Par exemple, en partageant deux maisons voisines, ou une maison composée de plusieurs étages, on peut convenir que le puits, la cour, etc., demeureront communs; on peut aussi convenir qu'ils appartiendront à l'un des héritiers, et qu'ils seront seulement grevés de servitude en faveur de l'autre, qui aura le droit de puiser de l'eau au puits, de passer par la cour, etc. » Comment saura-t-on si le droit d'issue est stipulé à titre de copropriété ou à titre de servitude? Nous supposons toujours qu'il y a un titre. Les tribunaux l'interpréteront sans que l'on puisse invoquer une présomption quelconque ni de servitude ni de copropriété, puisque la loi n'en établit aucune.

Il a été jugé qu'un chemin pratiqué sur un terrain indivis, et maintenu après le partage de ce terrain, doit être considéré comme une copropriété plutôt que comme une servitude de passage. En effet, au moment où ce chemin avait été pratiqué, il était indivis comme le fonds, donc copropriété; pour devenir propriété exclusive, il aurait dû être attribué à l'un des copartageants; par cela seul qu'il fut maintenu, sans être mis dans aucun lot, il resta ce qu'il était, indivis, et partant chose commune à tous (1). Par contre, il a été jugé que si le demandeur prouve seulement un droit de servitude, tel que le droit de puisage, il ne peut pas réclamer la propriété en invoquant quelques expressions équivoques qui se trouvent dans les actes. Ainsi il était parlé d'un puits *commun*, ce qui pouvait s'entendre d'un puits dont l'usage était commun : l'acte imposait à celui qui exerçait le droit de puisage l'obligation de contribuer à la réparation et à la reconstruction du puits commun, ce qui, dit l'arrêt, s'explique par les coutumes sous l'empire desquelles la servitude fut établie, et qui règlent de quelle manière les voisins qui ont le droit de puisage contribuent dans l'entretien du puits (2).

164. Nous avons signalé les principes différents qui régissent la propriété et la servitude (n° 159). Ce que nous

(1) Arrêt de rejet du 25 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).
(2) Bruxelles, 13 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 259).

avons dit de la propriété s'applique aussi à la copropriété. Toullier dit que les droits de communauté participent de la nature des droits de servitude, en ce qu'ils sont dus à la chose plutôt qu'à la personne; ils passent donc avec le fonds au nouveau propriétaire (1). Cela est évident, puisque la propriété est un droit réel aussi bien que la servitude. Mais la différence est grande entre la servitude et la propriété.

La propriété s'acquiert par la prescription; les servitudes discontinues, telles que le passage, ne s'acquièrent que par titre. Un terrain pavé servant de passage sépare deux maisons; ce n'est que par ce passage que chacun des deux propriétaires contigus peut arriver à sa cave et à son écurie. L'un d'eux se met à construire un mur d'enceinte qui devait enclore le terrain en litige. L'autre réclame et invoque une possession plus que trentenaire, continue, non interrompue, à titre de propriétaire. A cette prétention le défendeur objecte que la servitude de passage ne s'établit pas par la prescription. Un arrêt de la cour de Pau, confirmé par la cour de cassation, décida qu'il ne s'agissait pas d'une servitude, mais de la copropriété du terrain litigieux. La longue possession, dit l'arrêt de la cour suprême, prouvait qu'il y avait eu originairement entre les deux voisins une convention de jouir indivisément d'un terrain nécessaire à la desserte de leurs maisons respectives; la prescription ainsi acquise faisait présumer l'existence d'un titre, et dispensait de le représenter (2). Il était inutile, nous semble-t-il, de se prévaloir d'une présomption *juris et de jure*, alors que la prescription acquisitive tient lieu de titre. S'il s'était agi d'un droit de passage, il eût fallu décider que cette servitude étant discontinue ne pouvait s'acquérir par prescription (3).

Les servitudes s'éteignent par le non-usage, tandis que le propriétaire conserve son droit, bien qu'il reste plus de trente ans sans en user. Un chemin indivis avant le partage est maintenu comme tel après le partage; le droit de

(1) Toullier, t. II, nº 469, p. 207 (édition de Duvergier).
(2) Arrêt de rejet du 10 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 1107, 2º).
(3) Bruxelles, 16 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 16).

passer se prescrira-t-il par le non-usage pendant trente ans? Non, dit la cour de cassation (1); cela est incontestable.

Les droits du copropriétaire sont bien plus étendus que ceux du propriétaire du fonds dominant. S'agit-il d'une servitude de puisage, le propriétaire a seulement le droit de puiser de l'eau; il ne peut pas y laver des herbages, des légumes; il ne peut pas y rincer du linge. Celui qui serait copropriétaire du puits pourrait se servir des eaux pour tous les usages auxquels elles sont destinées, à la seule condition de ne pas porter atteinte au droit égal que le copropriétaire a de se servir de la chose commune (2).

Le droit de propriété est absolu, et la copropriété conserve ce caractère, sous la limitation que nous venons de rappeler. Il n'en est pas de même des servitudes; il y a ici deux droits en collision, et le législateur cherche à les concilier. En général, le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude; cependant si l'exercice du droit lui devenait plus onéreux, s'il l'empêchait d'améliorer son fonds, la loi lui permet d'offrir un endroit aussi commode que celui qui avait été stipulé pour l'exercice de ses droits, et le propriétaire de l'autre fonds ne pourrait pas le refuser. Des acquéreurs d'un domaine conviennent, en le partageant, de laisser en commun une avenue nécessaire à la vidange et à l'exploitation des biens partagés. L'un d'eux, devenu propriétaire, par suite d'acquisitions successives, des quatorze dix-huitièmes de l'avenue, offre à ceux qui ne lui avaient pas cédé leur droit, de leur abandonner un terrain égal aux quatre dix-huitièmes dont ils restent propriétaires et de leur fournir sur son fonds un passage plus commode que l'avenue actuelle pour la desserte de leurs bois. Ceux-ci refusent. Ils en avaient le droit; un propriétaire ne peut être dépossédé malgré lui, quelque avantageuse que soit l'offre qu'on lui fait. Or, dans l'espèce, il y avait copropriété. L'arrêt ajoute qu'il y avait aussi indivision forcée, et il en conclut qu'il y avait

(1) Arrêt de rejet du 25 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).
(2) Bruxelles, 13 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 258).

une *servitude réciproque* au profit de chacune des parties (1). Cela est contradictoire. S'il y avait eu servitude, il eût fallu appliquer l'article 701 ; or, la cour décida précisément que cette disposition était inapplicable, parce qu'il y avait copropriété, et il ne peut pas y avoir tout ensemble copropriété et servitude.

165. Nous arrivons aux vraies difficultés de la matière. Le plus souvent il n'y a pas de titre. Cela est vrai surtout des chemins d'exploitation qui existent entre des fonds ruraux. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique qu'il existait avant le code civil et qu'il existe encore aujourd'hui un grand nombre de ces chemins. La cour dit « qu'ils doivent leur existence au consentement réciproque des propriétaires voisins, qui ont préféré mettre en commun et sacrifier la jouissance d'une portion de leurs terrains que de se trouver gênés dans l'exploitation de leurs terres (2). » Cela est en effet très-probable, mais une probabilité n'est pas une preuve ; elle ne devient une preuve que si le législateur l'admet comme telle. Le code aurait dû établir cette présomption, mais il ne l'a pas fait. Que faut-il décider dans le silence du code?

Déjà, dans l'ancien droit, Lalaure écrivait qu'il y avait diverses routes ou petits sentiers, dans les vignobles et dans les prairies, que l'intérêt commun avait tracés pour l'exploitation de ces héritages : il ne faut pas, dit-il, les regarder comme des servitudes ; ce sont plutôt des voies communes à tous ceux qui ont des terres, des vignes et des prés dans la plaine. Il en conclut que le propriétaire qui aurait des fonds coupés par une route semblable ne pourrait pas en défendre le passage à ses voisins, sous le prétexte qu'ils n'en rapportent pas de titres. Sur quoi Lalaure fonde-t-il son opinion? La raison en est simple, répond-il ; c'est que ces chemins aboutissent à d'autres héritages, et que sans eux on ne pourrait les faire exploiter, de sorte que ceux qui sont propriétaires des héritages qui les environnent, ou qui, pour mieux dire, les *enferment*, seraient

(1) Paris, 15 mars 1856 (Dalloz, 1857, 2, 11).
(2) Arrêt de rejet du 25 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 131).

tenus, suivant le droit commun, de fournir le passage à leurs voisins (1). Lalaure suppose donc des propriétaires enclavés, et c'est parce qu'ils sont enclavés qu'il décide qu'ils ont le droit de passer par un sentier pratiqué dans la plaine pour la desserte de tous les fonds riverains. Mais à quel titre ont-ils le droit de passer? à titre de propriété ou à titre de servitude? Ils l'ont comme propriétaires, dit Lalaure. Il nous semble que la conclusion dépasse la prémisse. L'enclave donne droit au passage, mais seulement à titre de servitude (art. 682), sauf aux parties, si elles le veulent, à convenir que le terrain même sera cédé. De ce que des propriétaires enclavés ont droit au passage, on ne peut donc pas conclure qu'ils soient copropriétaires du chemin d'exploitation.

Cependant la doctrine de Lalaure a été reproduite sous l'empire du code, et elle est consacrée par la jurisprudence. La cour de Douai a décidé que les chemins qui servent de voie commune d'exploitation sont *présumés de droit* appartenir aux héritages qu'ils desservent, et que cette présomption de droit suppose une convention primitive du voisinage (2). La cour de Poitiers dit que « les chemins, ruelles et sentiers d'exploitation rurale, ainsi que les ruelles contiguës ou séparatives d'habitations destinées à la culture, sont *réputées* appartenir en commun aux propriétaires riverains dont elles traversent ou confrontent les héritages, à moins de *titres* ou d'*indications* probantes à ce contraires (3). » Dans un autre arrêt de la même cour, il est dit qu'il y a *présomption* de copropriété et non de servitude (4). Cela a fini par passer en axiome. « Il est de *principe*, dit la cour d'Agen, qu'un chemin de service est la copropriété de tous les riverains (5). » Cela est inadmissible. La *présomption de droit* invoquée par la jurisprudence n'est autre chose qu'une présomption *légale*, et comment y aurait-il une présomption *légale* sans loi? Puisqu'il

(1) Lalaure, *Traité des servitudes*, livre III, chap. VII, p. 233 et suiv.
(2) Douai, 9 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 33, 4°)
(3) Poitiers, 10 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 152).
(4) Poitiers, 15 mai 1856 (Dalloz, 1856, 5, 426).
(5) Agen, 4 mars 1853 (Dalloz, 1854, 5, 695).

n'y a pas de présomption, l'on reste dans le droit commun. C'est donc au demandeur à prouver le fondement de sa demande. Il prétend qu'il est copropriétaire, et il n'a pas de titre qui établisse cette copropriété; dès lors il ne lui reste qu'à prouver la prescription acquisitive par une possession à titre de propriétaire, continue et non interrompue pendant trente ans.

166. Tel est le principe; mais l'application présente des difficultés sérieuses. Il y a tant d'analogie entre la possession d'un passage à titre de propriétaire et la possession à titre de servitude! Comment les distinguer? Je passe pendant trente ans par un chemin d'exploitation : est-ce comme copropriétaire du chemin, ou est-ce comme propriétaire d'un fonds dominant? On dit qu'il ne peut être question d'une servitude lorsque le litige porte sur l'usage d'un chemin d'exploitation, parce que la condition essentielle requise pour qu'il y ait servitude fait défaut; il n'y a pas d'héritage dominant ni d'héritage servant (1). Cela revient à dire avec Lalaure qu'il y a toujours copropriété; pour mieux dire, c'est dépasser la pensée de Lalaure, et créer une présomption de copropriété que le code ignore. Un passage ne peut-il pas être établi à titre de servitude? et un chemin d'exploitation n'est-il pas un passage? Sans doute il est probable qu'il y a eu une convention entre les parties intéressées, comme le dit la cour de cassation de Belgique; mais faut-il répéter qu'une probabilité n'est pas une preuve? Il se peut que le terrain maintenant divisé ait appartenu dans le principe à un seul propriétaire; le chemin d'exploitation aura donc été originairement une propriété exclusive. Puis la propriété a été morcelée par suite d'une vente ou d'un partage. Que s'est-il passé lors de cette division? On ne le sait, puisqu'il n'y a pas de titre. Toujours est-il que le chemin peut être devenu la propriété exclusive de l'acheteur, le vendeur se réservant un simple droit de servitude; ou il peut être devenu la propriété exclusive de l'un des copartageants, sauf la réserve d'un droit de passage pour les

(1) Réquisitoire de l'avocat général Dewandre, dans l'affaire jugée par l'arrêt du 25 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 130).

autres. Donc on ne peut pas dire qu'il y a nécessairement copropriété. Partant la difficulté subsiste. C'est une difficulté de fait. Il s'agit d'apprécier les actes de possession établis par celui qui se prétend copropriétaire; prouvent-ils la propriété? ou ne prouvent-ils qu'un droit de passage? Le tribunal décidera d'après les circonstances de la cause.

167. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Belgique, il s'agissait d'un chemin d'exploitation servant à la desserte des héritages qui appartenaient aux parties en cause. La cour de Gand, tout en invoquant la doctrine des auteurs et la jurisprudence, d'après laquelle on présume que les chemins d'exploitation ont été pratiqués primitivement par suite d'une convention intervenue entre des copropriétaires, décida que l'état des lieux, la nature et la destination du chemin, le nom qu'il portait dans le terrier de la commune ne suffisaient pas pour attribuer la copropriété du chemin au demandeur, « qu'il devait prouver que depuis au moins trente ans il était en possession de l'usage du chemin de la manière qu'il l'alléguait. » En conséquence, elle l'admit à prouver qu'il avait fait usage, au moins depuis trente ans, du chemin contentieux en y passant et repassant avec chariots et chevaux. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Il est dit dans l'arrêt que l'existence pendant plus de trente ans d'un pareil chemin fait présumer un titre conforme à la possession, d'après la maxime : *talis præsumitur præcessisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*

Il nous semble que l'arrêt de la cour de Gand et celui de la cour de cassation manquent de netteté. Sans doute la preuve de la possession trentenaire était admissible, mais à une condition, c'est que la possession eût les caractères requis pour conduire à la prescription acquisitive de la propriété. Il pourrait y avoir possession pendant trente ans, « en passant et repassant avec chariots et chevaux, » sans qu'il y eût pour cela acquisition de la propriété du chemin. Si les actes de possession portent sur un simple droit de servitude, quelque caractérisés qu'on les suppose, ils seront inefficaces, puisque la servitude de passage étant discontinue, ne peut s'acquérir par la prescription. La cour

d'appel devait donc insister sur ce point et exiger que le demandeur prouvât une prescription acquisitive de la propriété.

On voit par l'arrêt de rejet que la cour de cassation a prévu l'objection que nous faisons; car elle cherche à établir que la possession d'un chemin à titre de servitude ne peut pas conduire à l'acquisition de la servitude, parce que la possession peut être à titre précaire. Lalaure a déjà fait cette remarque (1) et elle est élémentaire : c'est la raison pour laquelle la loi n'a pas admis la prescription des servitudes discontinues. Mais cela ne décide pas la difficulté. Si la possession peut être précaire quand on prétend avoir acquis une servitude par prescription, ne peut-elle pas être précaire aussi quand on prétend avoir acquis la propriété du chemin par prescription? Il fallait donc exiger la preuve précise que le demandeur avait entendu pendant trente ans user du chemin comme étant sa copropriété. La difficulté est grande, mais il n'est pas permis de l'éluder. Il faut l'avouer, il y a une espèce de contradiction dans le code civil. La loi ne permet pas d'acquérir un droit de passage par prescription ; pourquoi? Parce que les actes de possession sont souvent douteux; on ne sait s'ils sont exercés à titre de droit ou à titre de bon voisinage et de tolérance. Mais voilà que celui qui a usé du passage soutient qu'il a acquis la *propriété* du chemin en y passant et repassant. On doit l'admettre à la preuve. Ainsi des actes de possession que la loi considère comme douteux, et par suite comme insuffisants pour acquérir une servitude, seront suffisants pour acquérir la toute propriété. Raison de plus pour exiger une preuve bien précise, comme nous venons de la définir.

168. Une espèce analogue a été décidée dans le même sens par la cour de Bruxelles. Il s'agissait aussi de savoir si un chemin d'exploitation est une servitude ou une copropriété des riverains. Le demandeur soutenait que de temps immémorial les riverains avaient fait usage du sentier litigieux en y passant et repassant aussi souvent que

(1) Lalaure, *Traité des servitudes*, livre III, chap. VII, p. 229.

l'exploitation des terres l'exigeait. Il demandait à prouver que ledit sentier reliait la route de l'abbaye de Lierre (dite *Cloosterweg*) et celle d'Herenthals à Lierre. Enfin il prétendait que le public aussi avait passé de temps immémorial par le chemin qui était l'objet du litige. Ce dernier point est considérable. Il est certain que s'il s'était agi d'un droit de passage établi en faveur d'un fonds sur un autre fonds, le propriétaire du fonds servant n'aurait pas permis à tout le monde de passer par le sentier dont il conservait la propriété exclusive. Mais cette circonstance pouvait aussi faire naître un autre doute : le sentier n'était-il pas un chemin public, ou du moins une servitude établie au profit de tous sur les fonds par lesquels il était pratiqué? Cette dernière difficulté ne fut pas soulevée. La cour décida que les faits allégués par le défendeur, s'ils étaient prouvés, seraient exclusifs d'un droit de servitude, que l'existence pendant plus de trente ans d'un chemin d'exploitation établi pour la culture des terres faisait présumer un titre conforme à la possession. Il y a toujours dans cette jurisprudence une prétendue présomption qu'un chemin d'exploitation n'est pas une servitude, que c'est une copropriété. Nous regrettons que le législateur n'ait pas établi cette présomption ; mais nous ne reconnaissons pas aux tribunaux le droit de présumer qu'un passage est une copropriété plutôt qu'une servitude.

169. La même difficulté se présente pour l'action possessoire. Comme les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par la prescription, la possession seule, à défaut de titre, ne donne pas la complainte possessoire à celui qui est troublé dans sa possession; la loi suppose que cette possession est purement précaire. Tandis que la possession qui conduit à la prescription de la propriété d'un chemin d'exploitation est garantie par une action possessoire, puisqu'elle implique un titre primitif conforme à la possession. Mais comment distinguer l'usage d'un chemin à titre de servitude et l'usage d'un chemin à titre de copropriété? Le juge de paix de Ghistelles décida que le possesseur troublé par un propriétaire voisin ne pouvait être admis à la preuve des faits de possession qu'il allé-

guait, parce que l'enquête devrait porter sur le fond du droit, c'est-à-dire sur la question de savoir si le demandeur était copropriétaire du chemin litigieux. Sur l'appel, le tribunal de Bruges rejeta la demande, par le motif qu'il s'agissait d'une servitude discontinue. C'était mal juger, en toute hypothèse. Il n'y avait pas de titre; dès lors il fallait une enquête pour déterminer le caractère de la possession; avant l'enquête, le tribunal ne pouvait pas savoir s'il y avait possession d'une servitude ou possession d'un terrain à titre de propriétaire, servant de passage. La cour de cassation cassa le jugement; l'arrêt dit très-bien que le juge aurait dû apprécier le caractère de la posesssion invoquée par le demandeur; en effet celui-ci n'entendait pas exercer une action fondée sur une possession à titre de servitude, il réclamait la copropriété d'un chemin d'exploitation, ou du moins il alléguait la possession à titre de copropriétaire d'un chemin (1). Les termes dont nous nous servons sont plus précis que ceux de l'arrêt, mais ils rendent mieux, nous semble-t-il, la pensée de la cour.

§ IV. *Classification des servitudes.*

170. Aux termes de l'article 639, il y a trois espèces de servitudes : celles qui dérivent de la situation naturelle des lieux, celles qui sont imposées par la loi et celles qui sont établies par les conventions entre particuliers. Le mot *conventions* dont la loi se sert n'est pas exact, puisque les servitudes peuvent aussi être léguées; il faut donc dire, comme le fait l'intitulé du chapitre III de notre titre, que les servitudes sont établies par le *fait de l'homme*, ou par la *volonté* de l'homme, comme l'article 579 le dit de l'usufruit.

On a encore critiqué la classification du code sous d'autres rapports. Il distingue des servitudes naturelles et des servitudes légales. On peut admettre avec Domat (2) qu'il y a

(1) Arrêt de cassation du 13 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 354).
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XII, sect. I, art. 5.

des servitudes naturelles en ce sens qu'elles sont d'une absolue nécessité; telle est, dit-il, la charge qui pèse sur les fonds inférieurs de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. Mais la nature seule ne crée pas de servitude, il faut l'intervention de la loi, donc les servitudes dites naturelles sont aussi des servitudes légales. D'un autre côté, il y a, parmi les servitudes dites *légales*, des charges tout aussi nécessaires, et par conséquent aussi naturelles que celles que le code dit dériver de la *situation des lieux* : tel est le passage en cas d'enclave. Ne peut-on pas dire que cette servitude dérive aussi de la situation des lieux, ainsi que la mitoyenneté? Domat avait donc raison de n'admettre que deux espèces de servitudes, les servitudes naturelles que l'on peut aussi appeler légales, et les servitudes que les hommes établissent pour la commodité de leurs fonds (1). Nous n'insistons pas sur la critique ni sur la justification que l'on a essayé de faire de la classification du code, parce que ce débat n'a aucune importance pratique.

171. On a adressé à la classification du code un reproche plus grave et, en un certain sens, plus mérité. Les prétendues servitudes naturelles ou légales, dit-on, ne sont pas de véritables servitudes (2). Et cela est de toute évidence pour plusieurs dispositions que l'on trouve dans les deux premiers chapitres de notre titre. Quand la loi dit que celui qui a une source dans son fonds en peut user à sa volonté, elle n'établit certes pas une servitude, elle consacre une conséquence du droit de propriété (art. 641). Il en est de même de l'article 646 qui donne à tout propriétaire l'action en bornage, et de l'article 647 qui permet à tout propriétaire de clore son héritage. La mitoyenneté des murs, des fossés et des haies n'a rien de commun avec les servitudes; cette matière est régie par les principes sur la copropriété. Nous constatons le fait, sans y attacher une grande importance. Malgré les défauts qu'on peut lui reprocher, nous préférons suivre l'ordre du code

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe (t. XI, p. 8, n° 7), qui cherche à justifier la classification du code.
(2) Voyez ces critiques dans Demolombe, t. XI, p. 12, n° 8.

que d'imiter Zachariæ, lequel a si bien bouleversé le code que l'ordre qu'il a adopté ressemble à un vrai désordre. En restant attaché à l'ordre du code, on donne à la jeunesse l'exemple du respect de la loi, même dans ce qu'elle peut avoir de défectueux, et cet avantage-là vaut bien celui d'une meilleure classification. Ce sera au législateur à tenir compte des critiques de la science, quand il procédera à la révision du code civil.

172. La classification du code reste vraie dans le sens que Domat lui donne. Il y a des servitudes nécessaires; elles dérivent de la nature et elles sont consacrées par la loi; elles existent donc indépendamment du fait de l'homme. Tandis que les servitudes établies par contrat ou par testament sont plus ou moins arbitraires. De là suit que si dans un acte de vente il est dit que le fonds est libre de toute servitude, cette clause n'empêche pas que le fonds vendu ne soit grevé des servitudes naturelles ou légales; car il ne dépend pas du vendeur d'affranchir le fonds des charges que la nature ou la loi lui imposent (1). Est-ce à dire que les conventions des parties ne puissent pas déroger aux servitudes naturelles et légales? Il faut distinguer. Il y a des servitudes établies dans un intérêt général: telles sont les servitudes militaires qui grèvent les héritages dans le voisinage des forteresses. On applique à ces charges le principe qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public. Quant aux servitudes naturelles ou légales dont traite le code civil, elles sont établies dans un intérêt privé; rien n'empêche donc les parties contractantes de les modifier (2). Nous verrons plus loin des applications nombreuses de ce principe.

173. Les charges que le code appelle improprement des servitudes légales sont-elles réelles ou personnelles? A s'en tenir au texte de quelques dispositions du code, on pourrait croire que ce sont des droits de créance. L'arti-

(1) Duranton, t. V, p. 136, nº 146. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 226, nº 337.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 3 et note 8, et les autorités qui y sont citées.

cle 1370 dit que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. » C'est ce qu'on appelle des quasi-contrats. Le code place parmi ces quasi-contrats « les *engagements* formés involontairement entre propriétaires voisins. » *Involontairement*, c'est-à-dire sans un concours de volontés, par l'effet de la loi. D'après cela les *servitudes légales* seraient des *quasi-contrats*, et par suite des droits de créance. L'article 651 est conçu dans le même sens : « La loi assujettit les propriétaires à différentes *obligations* l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. » Dans les articles 639 et 652, on retrouve encore ce mot d'*obligations*, qui marque un lien personnel. Comment la loi peut-elle donner à un seul et même droit le nom de servitude et celui d'obligation?

Il est certain que les expressions d'*obligation*, d'*engagement*, de *quasi-contrat* sont inexactes, car la loi parle de charges réelles qui grèvent le fonds entre les mains de tout possesseur; et les fonds pour lesquels elles sont établies en profitent aussi dans quelque main qu'ils se trouvent. Cependant ce ne sont pas de vraies servitudes, car la servitude implique un assujettissement qui déroge au droit commun, à la liberté générale; or, les charges dont il s'agit pèsent sur tous les fonds; elles forment donc le droit commun des héritages. Il y a dans les lois romaines une expression qui convient mieux à la nature particulière de ces charges; Ulpien les appelle des *quasi-servitudes* (1). Cela indique que ce sont des charges réelles, sans qu'on puisse dire que ce soient des servitudes véritables. Mais comme nos lois ne se servent pas de cette expression, nous devons nous borner à la recommander au législateur.

174. Il résulte de là qu'il faut appliquer aux servitudes naturelles et légales les principes qui régissent les droits réels. Ceux qui ne sont tenus d'une charge qu'à raison du fonds qu'ils détiennent peuvent s'en affranchir en délaissant le fonds. Le code le dit de la mitoyenneté : le copro-

(1) L. 5, § 10, D., *de operis novi nuntiat* (XXXIX, 1).

priétaire du mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions du mur mitoyen, en abandonnant le droit de mitoyenneté (art. 656). Il en est de même de toute charge réelle, donc de toutes servitudes dites légales.

Il suit encore de là que les actions auxquelles donnent lieu les servitudes naturelles ou légales sont des actions réelles immobilières ; elles doivent donc être portées devant le tribunal de la situation des immeubles, tandis que s'il s'agissait d'obligations naissant d'un quasi-contrat, l'action serait personnelle et devrait être intentée devant le tribunal du domicile du défendeur (1).

§ V. *Principes d'interprétation.*

175. La cour de cassation dit qu'en matière de servitude, tout est de droit étroit (2). On trouve dans l'article 702 une application de ce principe : « Celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. » Cette règle s'adresse naturellement au juge qui est appelé à décider les contestations entre les propriétaires des fonds dominants et des fonds servants. On sait que les conventions tiennent lieu de loi aux parties contractantes, et cette loi lie aussi le juge, qui a pour mission de les appliquer. Il faut dire la même chose du titre des servitudes ; quel qu'il soit, il oblige les parties intéressées et, partant, le juge. Mais on peut interpréter les lois d'une manière extensive ou restrictive. Pourquoi la cour de cassation pose-t-elle en principe que tout est de droit étroit dans les servitudes?

Nous avons vu que l'usufruit est vu avec une espèce de défaveur parce qu'il rend la propriété inutile dans les mains du nu propriétaire. Il n'en est pas de même des servitudes

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 752 et suiv. Demolombe, t. XI, p. 19, nos 10 et 11, et les autorités qu'il cite.
(2) Arrêt de cassation du 16 mai 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, no 1161, 1o).

réelles ; le propriétaire du fonds servant conserve la disposition et la jouissance de sa chose ; seulement son droit d'user et de jouir n'est plus illimité, et les restrictions qu'il reçoit entravent plus ou moins son droit de disposition. Toujours est-il que les servitudes sont vues avec faveur par la loi plutôt qu'avec défaveur. Il y en a qui sont établies dans un intérêt général ; et certes celles-là sont favorables, puisque l'intérêt public l'emporte toujours sur l'intérêt privé. L'orateur du Tribunat dit que parmi les services fonciers qui existent entre particuliers, il en est dont l'objet le plus direct est l'intérêt de l'agriculture ou du commerce (1). Albisson fait la même remarque ; le rapporteur du Tribunat démontre que si les servitudes modifient et atténuent en quelque sorte le droit de propriété dans le fonds assujetti, elles l'améliorent dans celui auquel la servitude est due (2) ; la culture des terres serait parfois impossible sans les servitudes de passage, de puisage, d'aqueduc ou de pacage. Et qu'y a-t-il de plus favorable que l'agriculture?

Ce n'est donc pas dans la défaveur qui s'attache aux servitudes qu'il faut chercher le fondement du principe d'interprétation consacré par là cour de cassation. La cour n'a fait qu'appliquer aux servitudes une règle générale que le code établit en matière d'obligations conventionnelles. « Dans le doute, dit l'article 1162, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » Pourquoi? Parce que la loi favorise toujours la liberté, et l'obligation est une restriction à la liberté. Or, les servitudes restreignent aussi la liberté du fonds assujetti, que le code appelle le *débiteur de la servitude*; il faut donc, dans le doute, se prononcer pour le fonds servant, c'est-à-dire restreindre la charge ; on ne peut jamais l'étendre.

176. Faut-il faire une exception à ce principe pour les servitudes qui dérivent de la situation des lieux? On dit que ces servitudes étant l'œuvre de la nature, les magis-

(1) Gillet, Discours, n° 3 (Locré, t. IV, p. 193).
(2) Albisson, Rapport fait au Tribunat, n° 2 (Locré, t. IV, p. 184)

trats ont, en général, un pouvoir d'interprétation plus large qu'en ce qui concerne les servitudes établies par la loi (1). Cela nous paraît inadmissible. Ni les unes ni les autres ne sont des servitudes véritables; il faudrait donc poser comme règle que le principe d'interprétation consacré par la cour de cassation ne doit pas être appliqué en cette matière. En effet, en tant que les servitudes dites naturelles ou légales sont des conséquences du droit de propriété, il n'y a pas lieu d'invoquer un principe qui ne concerne que les servitudes. Mais parmi ces servitudes, il y a aussi des charges que le code appelle des obligations entre voisins; ces charges participent de la nature des servitudes, parce qu'elles pèsent sur le fonds et qu'elles restreignent le libre usage de la propriété. En ce sens, il faut les assimiler aux servitudes et les interpréter restrictivement, comme toute dette soit d'une personne, soit d'un fonds.

177. Il y a une question plus générale qui est commune aux servitudes naturelles et aux servitudes légales. Le code commence par traiter des servitudes qui dérivent de la situation des lieux, et des servitudes imposées par la loi; puis il établit les règles qui régissent les servitudes proprement dites, celles qui dérivent du fait de l'homme. Ces règles s'appliquent-elles aussi aux servitudes dites naturelles ou légales? On enseigne l'affirmative, mais en y ajoutant une restriction qui détruit le principe : les dispositions du chapitre III, dit-on, ne sont plus applicables aux servitudes légales ou naturelles, lorsqu'elles ne sont pas en harmonie avec les principes que le code contient sur ces servitudes (2). L'exception est si large qu'elle absorbe la règle. En effet, la plupart de ces servitudes naturelles ou légales sont des conséquences de la propriété; or, la propriété est le droit commun, tandis que la servitude est la restriction au droit commun; dès lors il est impossible d'appliquer les mêmes règles à deux ordres de choses tout à fait différents. Nous aimerions mieux de poser comme règle que les dispositions du chapitre III sont spé-

(1) Demolombe, t. XI, p. 11, n° 7.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 2 et suiv., et note 7, et les autorités qu'ils citent.

ciales aux servitudes qui dérivent du fait de l'homme, sauf à les appliquer par analogie quand il y a analogie, comme nous venons de le faire en ce qui concerne l'interprétation restrictive que reçoit toute charge ou dette qui grève un fonds.

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

SECTION I. — Des cours d'eau.

§ Ier. *Propriété des cours d'eau.*

N° 1. DES SOURCES.

I. *Propriété des sources.*

178. L'article 641 dit que celui qui a une source dans son fonds peut en user à volonté. Voilà une disposition qui certes ne consacre pas de servitude ; c'est une conséquence du droit de propriété, lequel comprend la propriété du dessus du sol et du dessous (art. 552). En ce sens les lois romaines disent que la source est une partie du champ (1). Mais quel est le vrai propriétaire de la source? Voici la difficulté. La source jaillit dans un fonds. D'ordinaire les veines alimentaires de la source se trouveront dans ce fonds, et alors il n'y a pas doute, puisqu'il n'y a aucun conflit de droits. Mais si, par suite de travaux faits dans un fonds supérieur, la source venait à y jaillir, ce serait au propriétaire de ce fonds qu'elle appartiendrait, car c'est dans ce fonds que sont les veines alimentaires qui constituent la source ; peu importe qu'elle ait surgi dans un autre fonds, il n'en est pas moins vrai qu'avant d'y prendre naissance, elle avait son cours souterrain ailleurs ; or, c'est ce

(1) L. 2, D., *quod vi aut clam* (XLIII, 24).

fait qui décide la question de propriété (1). Si donc les deux terrains étaient expropriés pour cause d'utilité publique, l'indemnité allouée pour la source serait due au propriétaire dans le fonds duquel la source avait son cours souterrain avant de jaillir ailleurs (2).

179. La propriété d'une source est une propriété absolue, comme l'est, en général, toute propriété. Il n'en est pas de même des eaux courantes. Celles-ci sont soumises au pouvoir réglementaire de l'administration, comme nous le dirons plus loin, et le code accorde aussi aux tribunaux le droit d'en régler l'usage quand il s'élève des contestations entre les propriétaires riverains (art. 645). En France, l'administration, envahissante de sa nature, a prétendu que les lois lui attribuant, en termes généraux, le droit de réglementer les cours d'eau, elle pouvait, dans l'intérêt des propriétaires inférieurs, fixer les prises d'eau que le propriétaire de la source peut faire, afin de garantir les usines construites en aval contre une transmission des eaux qui leur serait nuisible. Mais le conseil d'Etat a réprimé ces entreprises, en annulant les décisions des préfets et des ministres qui les approuvaient. Les lois invoquées par l'administration concernent les cours d'eau ou, comme dit le code civil (art. 644), les eaux courantes. Or, les sources sont régies par des principes tout différents. Le code Napoléon donne au propriétaire de la source le droit d'en user *à sa volonté*, ce qui implique un droit absolu de propriété, tandis que l'article 644 accorde seulement aux riverains le droit de s'en servir à leur passage pour l'irrigation de leurs propriétés. Quand il s'agit de rivières, il y a des droits divers en conflit; l'on conçoit donc que les tribunaux et l'administration interviennent pour en régler l'usage; tandis qu'il n'y a rien à réglementer là où il y a une propriété absolue. Vainement l'administration objecte-t-elle que les sources donnent naissance aux rivières, et qu'ayant pouvoir sur les rivières, elle a par cela même pouvoir sur les sources. Le législateur aurait pu admettre ce système,

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 33 et notes 2 et 3. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 77, n° 63.
(2) Arrêt de rejet du 4 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 150).

mais le code ne l'a pas admis, puisqu'il distingue entre la source et l'eau courante. Cela décide la question en faveur du propriétaire de la source (1).

180. Les tribunaux aussi ont parfois voulu étendre aux sources le pouvoir réglementaire dont l'article 644 les investit en matière d'eaux courantes. Il suffit de lire les textes du code pour se convaincre que le juge n'a aucune action sur les sources. L'article 641 dit que le maître du fonds peut user à sa volonté de la source qui y prend naissance. L'article 644 dit que les riverains des cours d'eau peuvent se servir des eaux pour l'irrigation de leurs propriétés; là où il y a plusieurs ayants droit, les conflits et les contestations sont inévitables; voilà pourquoi le code donne aux tribunaux la mission de concilier les intérêts opposés. Quand il s'agit des eaux d'une source, il n'y a rien à concilier, puisqu'il n'y a que le propriétaire du fonds qui puisse s'en servir. Les propriétaires inférieurs peuvent, à la vérité, acquérir un droit sur la source, mais il faut pour cela qu'ils aient un titre ou la prescription qui suppose un titre, comme nous le dirons plus loin. L'exception confirme la règle. Dès que les riverains inférieurs ne peuvent invoquer ni titre ni prescription, ils n'ont aucun droit; partant il ne peut être question de concilier des droits qui n'existent pas. La jurisprudence est en ce sens (2), ainsi que la doctrine (3).

181. Quelle est l'étendue des droits du propriétaire de la source? L'article 641 répond qu'il peut en user à sa volonté. C'est dire qu'il exerce le droit de propriété tel qu'il est défini par le code civil : il en jouit et il en dispose de la manière la plus absolue. Le propriétaire a donc même le droit d'abuser, en ce sens qu'il pourrait étouffer la source, si la nature des choses le permettait. Nous dirons plus loin quelles sont les restrictions que reçoit le pouvoir ab-

(1) Décrets du 23 décembre 1858, du 14 mars 1861 (Dalloz, 1860, 3, 24, et 1861, 3, 28) et du 24 juin 1868 (Dalloz, 1869, 3, 88). Comparez : Daviel, *Traité des cours d'eau*, t. III, n° 794; Aubry et Rau, t. III, p. 36 et note 10. En sens contraire, Pardessus, t. Ier, nos 93, 94 et 98.

(2) Arrêt de cassation du 29 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 114). Pau, 2 mai 1857 (Dalloz, 1857, 2, 139).

(3) Demolombe, t. XI, p. 111, n° 87. Aubry et Rau, t. III, p. 40 et note 24, p. 36 et note 11.

solu de celui à qui la source appartient. En dehors de ces exceptions, le propriétaire de la source en fait ce qu'il veut; il peut l'absorber en usages agricoles ou industriels (1); il peut aussi lui laisser le cours que la nature lui donne, en laissant couler les eaux sur le fonds inférieur : c'est une des servitudes qui, d'après la terminologie légale, dérivent de la situation des lieux. Il va sans dire que si le propriétaire de la source veut profiter de cette charge que la nature et la loi imposent aux fonds inférieurs, il ne peut le faire que dans les limites prescrites par la loi; nous exposerons ces conditions plus loin.

Le propriétaire de la source a-t-il un pouvoir absolu sur les eaux, même en ce sens qu'il peut les altérer? On lui reconnaît ce droit lorsqu'il absorbe complétement les eaux, tandis qu'on le lui dénie quand il transmet les eaux aux propriétaires inférieurs. En apparence, personne n'a le droit de se plaindre, si le maître du fonds où naît la source emploie les eaux à un usage qui les corrompt, alors que ces eaux ne servent qu'à lui. Cela est vrai en général, mais si l'altération des eaux devenait une cause d'insalubrité, il est évident que les autorités locales auraient le droit d'intervenir; car le propriétaire, quelque absolu que soit son droit, ne peut pas en faire un usage qui compromette la santé publique. De même les voisins auraient le droit de se plaindre si le propriétaire de la source amassait les eaux de manière à menacer d'inondation les fonds qui se trouvent dans le voisinage; l'autorité locale est aussi chargée de veiller à la sûreté publique, et les propriétaires ne peuvent pas user de leur droit de manière à léser les droits d'autrui. C'est le droit commun (2), et il reçoit son application aux sources, sans doute aucun.

Si le propriétaire de la source transmet les eaux aux propriétaires inférieurs, il ne peut pas les leur transmettre altérées et corrompues; ce serait aggraver la servitude du onds inférieur, ce que l'article 640 défend. C'est une ser-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 34 et note 5. Demolombe, t. XI, p. 77, n° 64, et Rouen, 4 mai 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 113).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 181, n° 136. Comparez Daviel, *Des cours d'eau*, t. III, n° 794.

vitude naturelle, ce qui implique que les eaux conservent la pureté que la nature leur donne. Le principe est incontestable, mais l'application soulève une difficulté qui intéresse grandement les propriétaires de sources. Ils ont le droit d'employer les eaux à des usages industriels, et comment les employer à une usine sans les altérer plus ou moins? L'altération peut aller jusqu'à la corruption. Certes le droit de propriété ne permet pas cela, mais alors l'usage industriel de la source ne deviendra-t-il pas impossible aussi souvent que l'altération des eaux peut être préjudiciable aux propriétaires inférieurs? Il y a ici deux droits en présence; l'un ne doit pas absorber l'autre ni l'annuler, mais l'un modifie l'autre; de sorte qu'en cas de contestation, le juge doit décider que le propriétaire de la source pourra se servir des eaux pour son usine, mais qu'il ne pourra pas transmettre aux riverains inférieurs des eaux corrompues. Des experts consultés par la cour de Rouen proposèrent de partager les eaux en ce sens que le propriétaire de la source pourrait employer à sa volonté celles qui lui étaient nécessaires pour le roulement de son usine, et que l'autre partie serait transmise non altérée aux propriétaires inférieurs. La cour sanctionna ce sage tempérament (1). Si toutes les eaux étaient nécessaires au propriétaire de la source, le juge ne pourrait certes pas l'empêcher d'en user; mais il devrait lui prescrire de disposer son usine de façon que les eaux altérées et corrompues ne soient pas transmises au propriétaire inférieur (2).

182. Ce que nous venons de dire suppose que le cours naturel des eaux les transmet aux propriétaires inférieurs; ceux-ci sont tenus, en ce cas, de les recevoir par une servitude dérivant des lieux, et par contre ils ont le droit de se servir des eaux. Que faut-il décider si les eaux ne leur arrivent pas naturellement? s'ils ont fait des travaux pour en dériver le cours? Peuvent-ils se plaindre alors de ce que les eaux sont altérées, et demander des dommages

(1) Rouen, 18 mars 1839 (Dalloz, 1845, 2, 169).
(2) Rouen, 8 juin 1841 (Dalloz, 1845, 2, 168).

et intérêts? La cour de cassation a décidé la question négativement, et avec raison. Dans l'espèce, le propriétaire de la source se servait des eaux pour le rouissage des chanvres ; en sortant du fonds où elles prenaient naissance, les eaux allaient se déverser et se perdre dans le canal de fuite d'un moulin qui appartenait au même propriétaire; ainsi les eaux, quoique altérées, ne nuisaient à personne. Les propriétaires inférieurs, voulant profiter des eaux pour alimenter des marais de sangsues, établirent, avec l'autorisation de l'administration, un aqueduc qui traversait le chemin séparatif des deux héritages, et dérivait les eaux de leur cours naturel pour les conduire dans lesdits marais. Ils se plaignirent que les eaux leur arrivaient altérées et faisaient périr les sangsues. De là une action en dommages-intérêts. La cour de Bordeaux la repoussa, en confirmant le jugement de première instance très-bien motivé, et la cour de cassation maintint la décision. Le propriétaire de la source n'avait fait qu'user de son droit, et celui qui use de son droit n'est jamais tenu de dommages-intérêts; on ne pouvait pas même dire que le dommage éprouvé par le demandeur provenait du fait du propriétaire; car ce n'est pas lui qui avait conduit les eaux dans les marais à sangsues, c'était le demandeur lui-même. Celui-ci réclamait donc des dommages et intérêts pour un fait dont lui était l'auteur (1)!

183. Le propriétaire de la source conserve-t-il son droit absolu de propriété sur les eaux quand elles forment l'affluent d'une rivière? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que le droit de disposition absolue des eaux reçoit exception « au cas où les eaux ont été volontairement abandonnées à la *communauté irrigative* » (c'est-à-dire aux propriétaires inférieurs qui s'en servent pour l'irrigation de leurs fonds) ; « qu'elles prennent alors le caractère d'eaux publiques et courantes, et que la loi crée, en ce cas, des droits qui modifient ceux du propriétaire primordial (2). » Cette même exception a été admise comme un principe

(1) Arrêt de rejet du 27 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 173).
(2) Arrêt de rejet du 22 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 301).

par la cour de Rouen (1). Il nous semble que la jurisprudence confond deux ordres d'idées tout à fait différents. Le code distingue la source et les eaux courantes; il donne au propriétaire de la source le droit absolu d'en disposer, et il n'admet que deux exceptions à ce pouvoir, les droits acquis aux riverains inférieurs par titre ou par prescription et les droits d'une communauté d'habitants. Les articles 641-643 décident donc implicitement notre question; en effet, ils supposent que la source est devenue une eau courante; et limitent-ils le droit de propriété du maître de la source par cela seul qu'elle devient une eau courante? Non, il faut que les riverains aient acquis un droit aux eaux par titre ou prescription, ou qu'une communauté d'habitants en ait besoin pour sa consommation. La cour de cassation ajoute une troisième exception; c'est dire qu'elle fait la loi au lieu de l'interpréter, et elle fait une loi nouvelle qui déroge au code civil. Vainement dit-elle que le propriétaire abandonne volontairement les eaux à la communauté irrigative; nous répondons que le propriétaire, en laissant couler les eaux sur les fonds inférieurs, use d'un droit, bien loin d'abandonner son droit. Cela est élémentaire, comme nous le dirons plus loin; et cela reste vrai, alors même que les eaux de la source deviendraient un ruisseau, ou se confondraient dans un ruisseau. L'article 644, qui crée ce que la cour appelle une *communauté irrigative*, n'a rien de commun avec les articles qui précèdent et qui concernent les sources; il règle les droits des riverains des cours d'eau non navigables; cela suppose qu'il y a une rivière et que personne n'a droit aux eaux qui forment la rivière, sauf les riverains. S'il y a un propriétaire supérieur, maître de la source, celui-ci a une propriété absolue dont il fait ce qu'il veut, dit la loi; cette propriété absolue ne peut pas être modifiée par la propriété limitée des riverains inférieurs; ce serait donner à ceux-ci sur les eaux de la source un droit que la loi ne leur reconnaît pas (2).

(1) Rouen, 16 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 2, 181).
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 177, nº 267

184. Le propriétaire de la source conserve-t-il son droit de disposition en dehors du fonds où elle prend naissance? Si les deux fonds ne forment qu'une seule et même propriété, il n'y a pas de doute, le propriétaire peut disposer des eaux dans toute l'étendue de son domaine; mais dès qu'elles sortent de ce domaine, son droit de disposition absolue cesse. En effet, la source ne lui appartient que comme accessoire du sol; donc hors du fonds où elle jaillit, elle ne peut plus être l'objet d'une propriété absolue, car elle n'y est plus un accessoire du sol; les eaux deviennent, en ce cas, des eaux courantes, sur lesquelles les riverains n'ont plus de droit absolu. Si le propriétaire de la source se trouve aussi parmi ces riverains, c'est-à-dire s'il possède un fonds riverain, distinct et séparé par des héritages intermédiaires de celui où la source jaillit, il n'a pas plus de droit que les autres riverains; car cette eau courante n'est plus un accessoire de son fonds, comme l'est la source.

La cour de cassation l'a décidé ainsi dans l'espèce suivante (1). Le riverain d'une eau courante acquit la propriété d'une vigne où cette eau prenait sa source. Les deux fonds étaient séparés par un chemin où les eaux formaient un lavoir communal. Avait-il le droit de disposer des eaux dans son premier fonds? Non, dit la cour, car dans ce fonds il était riverain d'un cours d'eau non navigable, et n'y pouvait par conséquent exercer que les droits que l'article 644 accorde à tous les riverains; ces droits n'ont pas été modifiés par l'acquisition nouvelle qu'il a faite; il était, à la vérité, devenu propriétaire de la source, et il pouvait en disposer, mais seulement dans le fonds où elle jaillissait, et à titre d'accessoire de ce fonds. Il avait donc deux qualités très-distinctes; comme propriétaire de la source, il en pouvait disposer, dans le fonds où elle jaillissait; comme riverain, il avait les droits qu'ont tous les riverains des rivières non navigables. Si le propriétaire de la source possédait un fonds riverain de l'eau courante qui en dérive,

(1) Arrêt de rejet du 28 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 120). Demolombe, t. XI, p. 78, n° 64.

à une grande distance de celui où la source naît, et séparé par de nombreux héritages, certes on ne dirait pas qu'il conserve le droit de disposer des eaux là où il est simple riverain. Or, la distance où se trouvent les deux fonds ne change rien aux principes. Dès que les deux héritages forment des propriétés distinctes, ils sont soumis à des principes différents : l'un est régi par l'article 641 et l'autre par l'article 644.

185. La question que nous venons d'examiner divise les auteurs et la jurisprudence. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation, laquelle semble donc abandonner sa première doctrine. La difficulté est de savoir si les eaux de la source prennent le caractère d'eau courante dès qu'elles sortent du fonds où elles naissent, et si par suite les riverains y acquièrent un droit, en vertu de l'article 644 ; ou les eaux de la source restent-elles des eaux privées, que le propriétaire de la source peut céder à un propriétaire inférieur quelconque et dont par conséquent lui-même peut user à sa volonté s'il a un autre fonds dans le voisinage. Nous reviendrons plus loin sur la cession que le propriétaire de la source peut faire de son droit : pour savoir ce qu'il peut céder, il faut voir avant tout quel droit il a, car il ne peut pas céder un droit qu'il n'a pas lui-même. La cour de cassation a jugé que le propriétaire d'une source a le droit, à l'aide d'un aqueduc établi à la sortie de son fonds, d'en faire servir toutes les eaux à l'irrigation d'un autre héritage, séparé du premier par un chemin vicinal. Avant d'être employées à l'irrigation de cet héritage, les eaux coulaient dans un fossé qui les conduisait à diverses prairies qu'elles arrosaient. Formaient-elles une eau courante dont les riverains avaient le droit d'user? La cour de cassation a repoussé les réclamations des riverains, en leur appliquant l'article 641, c'est-à-dire en décidant qu'ils n'avaient acquis aucun droit sur les eaux, ni par titre ni par prescription (1). Là n'était pas la question, à notre avis. Il s'agissait de savoir si le propriétaire de la

(1) Arrêt de rejet du 9 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 127). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 35 et note 7.

source peut exercer le droit absolu que le code lui reconnaît, en dehors du fonds où la source jaillit; et il s'agissait de savoir si, une fois sorties du fonds où elles naissent, les eaux deviennent propriété des riverains par les héritages desquels elles passent. La première question se décide par l'article 641, qui donne, à la vérité, au propriétaire de la source un droit absolu de disposition, mais seulement comme accessoire du fonds; la seconde question est décidée par l'article 644, qui reconnaît aux riverains d'une eau courante une espèce de droit de propriété sur l'usage des eaux. Donc dès que la source devient eau courante, elle tombe sous l'application de l'article 644.

On dira que cela est en contradiction avec ce que nous venons d'enseigner. Nous avons repoussé la doctrine d'une communauté irrigative, fondée sur l'article 644, communauté qui viendrait restreindre les droits du propriétaire de la source (n° 183), et maintenant nous admettons qu'à peine sortie du fonds où elle jaillit, l'eau de la source devient la propriété des riverains. S'ils sont propriétaires des eaux et si le maître de la source n'en peut plus disposer, cela ne prouve-t-il pas que l'article 644 limite l'article 641, contrairement à ce que nous avons dit? Non, il n'y a pas de contradiction à repousser la communauté irrigative admise par la cour de cassation, tout en maintenant les droits que l'article 644 donne aux riverains. C'est, au contraire, dans la jurisprudence de la cour de cassation qu'il y a confusion et contradiction. L'article 641 donne au propriétaire le droit illimité de disposer des eaux de la source dans le fonds où elle naît. Ce pouvoir absolu est-il restreint par le droit des riverains de la source, devenue eau courante? Nous disons non; en ce sens l'article 644 ne déroge pas à l'article 641. Autre est la question de savoir si le propriétaire de la source peut encore en disposer hors de son fonds, au préjudice des riverains qui invoquent non pas l'article 641, mais l'article 644. Nous disons non, le propriétaire, hors de son domaine, n'est plus propriétaire, il n'est plus qu'un riverain, et ne peut exercer que les droits que l'article 644 accorde à tous les riverains. Il n'y a pas de contradiction à distinguer les droits que le

propriétaire de la source a dans son fonds et ceux qu'il peut avoir hors de son fonds, s'il est riverain; il n'y a pas de contradiction à dire que les riverains d'une eau courante ne peuvent pas empêcher le propriétaire de la source d'en disposer à sa volonté, à moins qu'ils n'aient un titre par lequel le propriétaire de la source a renoncé à son droit absolu, ou qu'ils n'aient prescrit contre lui, la prescription équivalant à un titre. Le droit que les riverains ont en vertu de l'article 641 est tout autre que celui qu'ils ont en vertu de l'article 644; comme simples riverains, ils n'ont que le droit d'user des eaux que le propriétaire de la source veut bien laisser couler sur les fonds inférieurs : c'est le cas prévu par l'article 644. Au contraire, s'ils ont titre ou prescription, ils peuvent empêcher le propriétaire de la source d'absorber les eaux; il est obligé de les laisser couler, dans l'intérêt de ceux à qui il a concédé un droit sur les eaux ou qui l'ont prescrit contre lui.

Nous disons que la doctrine de la cour de cassation est confuse et inconséquente. Elle admet d'abord une troisième exception au droit du propriétaire de la source, au profit de la communauté irrigative qu'elle base sur l'article 644. Mais quand cette communauté existe-t-elle? quand la source devient-elle communauté? jusqu'où reste-t-elle eau privée, à la disposition du propriétaire de la source? On ne le sait. Puis la cour confond les droits établis par l'article 644 avec les droits que les riverains peuvent acquérir par titre ou prescription, en vertu de l'article 641. L'article 644 ne limite pas les droits que le propriétaire de la source exerce dans le fonds où elle prend naissance; tandis que le titre et la prescription dont parle l'article 641 ont précisément pour but et pour effet de restreindre le droit absolu de propriété que le maître du fonds a sur la source qui y jaillit. Enfin, la cour, après avoir admis que les riverains ont, en vertu de l'article 644, un droit qui limite la propriété du maître de la source, même dans son fonds, donne au propriétaire de la source le droit absolu de disposer des eaux de la source, même en dehors de ses fonds, et cela au préjudice des autres riverains, et malgré la prétendue communauté irrigative de ces riverains, et

en tout cas en opposition avec le texte et l'esprit de l'article 641.

II. *Droits des propriétaires inférieurs.*

186. Nous avons dit que la source appartient à celui dans le fonds duquel elle coule sous terre, quand même elle aurait jailli dans un autre fonds. Il suit de là que si le propriétaire d'un fonds, en y faisant des fouilles, coupe les veines qui portaient l'eau dans un fonds inférieur, il n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts; peu importe qu'il ait fait les travaux dans le dessein de découvrir les eaux souterraines, ou qu'il les ait faits pour creuser les fondements d'un édifice; dans tous les cas, il a usé de son droit, et il n'a pas lésé le droit du propriétaire inférieur, puisque celui-ci n'a aucun droit aux eaux qui naissent dans son fonds, alors que les veines alimentaires se trouvent dans un fonds supérieur. Ces principes étaient déjà admis en droit romain, et ils ne donnent lieu à aucun doute (1). La jurisprudence les a consacrés dans une espèce qui pouvait paraître douteuse. Un concessionnaire de travaux publics, en ouvrant une tranchée, intercepte l'écoulement des eaux d'une source, il prive ainsi le fonds inférieur de l'usage de ces eaux; est-il tenu d'indemniser le propriétaire du dommage qu'il lui cause? Il a été jugé par le conseil d'Etat qu'il ne devait aucune indemnité. En effet, le concessionnaire devient par l'expropriation propriétaire du terrain sur lequel il pratique sa tranchée, il a donc droit aux eaux souterraines qui s'y trouvent, tandis que le propriétaire inférieur, dans l'espèce, n'alléguait pas qu'il eût droit aux eaux de la source, il se plaignait seulement du dommage qu'il éprouvait. C'était le cas d'appliquer le principe que celui qui, en usant de son droit, cause un dommage, n'est pas obligé de le réparer (2).

187. Le propriétaire d'une source la laisse couler sur

(1) L. 24, § 12, D., *de damno infecto* (XXXIX, 2). Demolombe, t. XI, p. 79, n° 65. Aubry et Rau, t. III, p. 34 et note 4.

(2) Décret du 16 août 1860 (Dalloz, 1861, 3, 17). Comparez arrêt de Bruxelles du 6 avril 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 314).

les fonds inférieurs, la source devient une eau courante; est-ce que les propriétaires inférieurs qui ont reçu les eaux peuvent invoquer contre le propriétaire de la source l'article 644, qui leur permet de se servir de l'eau courante? Il est certain que le propriétaire de la source qui laisse couler les eaux sur les fonds inférieurs use d'un droit, et que les propriétaires inférieurs, en les recevant, supportent une charge; la loi appelle cette charge une servitude dérivant de la situation des lieux (art. 640). Celui qui est grevé d'une servitude ne peut pas s'en prévaloir pour acquérir un droit, et celui qui use d'un droit attaché à sa propriété ne peut pas perdre sa propriété. Il est vrai que le propriétaire de la source n'a pas retenu les eaux, ne les a pas utilisées, comme il en avait le droit; mais le propriétaire ne perd pas sa propriété par le seul fait du non-usage; c'est pour lui un droit de ne pas user de son droit, et dans ces conditions la prescription ne se conçoit point. Quand même, dit Dumoulin, le propriétaire inférieur aurait reçu les eaux depuis un temps immémorial, le fait seul de les recevoir n'enlèverait pas au propriétaire de la source son droit de propriété (1).

Nous avons dit que la jurisprudence admet une exception à ce principe dans le cas où le propriétaire abandonne les eaux à la communauté irrigative qui résulte de l'article 644. C'est confondre deux droits essentiellement distincts. Sans doute les riverains ont le droit de se servir des eaux courantes qui bordent ou qui traversent leurs héritages. Mais il faut pour cela qu'il y ait une eau courante. Or, il dépend du propriétaire de la source de retenir les eaux, de les absorber même. Il peut ne pas exercer ce droit; les eaux de la source profiteront alors aux propriétaires inférieurs, aussi longtemps que le propriétaire de la source les laissera couler sur leurs fonds. Mais il peut toujours user de son droit de propriété, sans que les propriétaires inférieurs aient le droit de lui opposer le non-usage de son droit, quelque long qu'il soit. Or, dès

(1) Dumoulin, *Notes sur les conseils d'Alexandre* (consil. 69). Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1369. Demolombe, t. XI, p. 87, n° 73.

que le propriétaire de la source retient les eaux, il n'y a plus d'eau courante, et partant il n'y a plus lieu d'invoquer l'article 644. L'article 641 nous dit comment le propriétaire de la source peut perdre son droit de propriété, c'est par titre ou par prescription; l'article 643 établit une seconde dérogation à son droit en faveur des habitants d'une commune auxquels les eaux de la source sont nécessaires. Il n'y a pas d'autre exception. En créer une troisième sous le nom de *communauté irrigative*, c'est confondre, comme nous venons de le dire, le droit que l'article 644 accorde aux riverains d'une eau courante, avec les restrictions que peut recevoir le droit du propriétaire de la source (n° 185) (1).

188. Ne faut-il pas faire une exception à ces principes dans le cas où les eaux sont inutiles au propriétaire de la source, tandis qu'elles profitent aux riverains inférieurs? Nous posons la question parce qu'elle est sérieusement agitée, mais c'est une question de législation bien plus que d'interprétation. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent pas de doute. En effet, la source est une propriété, en ce sens que le propriétaire du fonds où elle prend naissance en use à sa volonté ou n'en use pas; il peut s'en servir pour son agrément, mais s'il ne lui convient pas d'avoir une source dans son fonds, il peut l'étouffer, sans que les propriétaires inférieurs aient le droit de se plaindre. Quel droit invoqueraient-ils? Un droit sur la source? Ils n'en ont pas, puisqu'elle ne naît pas dans leur fonds, et on suppose qu'ils n'ont ni titre ni prescription. Un droit sur l'eau courante? Il n'y a plus d'eau courante dès que le propriétaire de la source retient les eaux, et il a toujours le droit de les retenir, tant qu'il n'a pas aliéné son droit par titre ou par prescription. Reste l'équité, qui certes est pour les propriétaires inférieurs, mais l'équité ne peut pas dépouiller un propriétaire de son droit; or, la prétention des propriétaires inférieurs aboutirait à exproprier le propriétaire de la source, au nom de l'équité, sans indemnité aucune et

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 5 et note 9, et les autorités qu'ils citent.

dans un intérêt individuel : autant d'hérésies juridiques que de mots.

Cependant, chose remarquable ! les lois romaines ne permettaient pas au propriétaire de la source de la retenir s'il n'y avait aucune utilité ni aucun agrément ; il ne pouvait alors avoir d'autre motif que celui de nuire à ses voisins, et ce motif-là Ulpien ne l'admet pas (1). Voilà donc les jurisconsultes romains qui restreignent les droits du propriétaire, eux qui ont tant de respect pour la propriété ! Cela s'explique par le caractère du droit romain ; c'était un droit coutumier qui se développait par la science, de sorte que les jurisconsultes contribuaient à la formation du droit ; ils étaient, en un certain sens, législateurs ; ils pouvaient donc, au nom de l'équité, restreindre le droit du propriétaire. Il en était de même dans notre ancienne jurisprudence. Bretonnier reproduit textuellement les paroles d'Ulpien ; il reconnaît au propriétaire de la source le droit d'en disposer, mais il ajoute : « Pourvu qu'il le fasse pour son utilité et non pas dans le dessein et uniquement pour nuire à son voisin (2). » Il y avait des arrêts en ce sens (3).

Au conseil d'Etat, Maleville rappela les arrêts qui avaient restreint le droit absolu du propriétaire de la source dans l'intérêt des riverains inférieurs. Il croyait que l'article 645 reproduisait la doctrine consacrée par l'ancienne jurisprudence. C'était confondre, comme l'a fait la cour de cassation, les principes qui régissent les eaux courantes avec les principes qui régissent les sources. L'article 645 est une suite de l'article 644, il suppose une contestation entre les riverains d'une eau courante, sur laquelle aucun d'eux n'a une propriété absolue; tandis que, dans l'espèce, le débat existe entre les propriétaires inférieurs et le propriétaire de la source qui a le droit absolu d'en disposer. Mais si, en droit, Maleville se trompait, n'avait-il pas raison en législation? Nous le croyons. La propriété des eaux, disait-il, est d'une nature particulière. Sans doute celui dans le

(1) L. 1, § 12, D., *de aqua* (XXXIX, 3) : « *Si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* »
(2) Bretonnier sur Henrys (*Recueil d'arrêts*, suite du livre IV, nº 89).
(3) Arrêt du parlement d'Aix, rapporté par Boniface, t. IV, p. 631.

fonds duquel l'eau surgit a le droit de s'en servir, quand même pendant mille ans elle aurait coulé dans les fonds du voisin, à moins que celui-ci ne se les fût appropriées par un titre ou par la prescription. Mais les besoins de ce premier propriétaire une fois satisfaits, l'équité, l'intérêt public et la destination de l'eau ne permettent pas que les fonds inférieurs en soient arbitrairement privés; la Providence a créé pour tous cet élément nécessaire à tous. Un des meilleurs esprits du conseil d'Etat, Tronchet, fut frappé de la justesse de ces considérations; tout en maintenant en principe le droit du propriétaire, il admettait qu'il pouvait y avoir des raisons d'équité supérieure qui obligeaient de s'écarter de la règle générale. Tronchet croyait, comme Maleville, que l'article 645 donnait la plus grande latitude à cet égard (1). Il se trompait. Le législateur seul aurait pu consacrer cette exception au droit absolu de propriété que le maître du fonds a sur la source qui y naît. Il ne l'a pas fait, c'est dire que le droit du propriétaire de la source ne souffre d'autres restrictions que celles que les articles 641-643 y apportent.

Telle est aussi l'opinion généralement suivie. Il y a quelques dissidences (2). On invoque la discussion du conseil d'Etat que nous venons d'analyser. Nous avons d'avance répondu à cette argumentation, en prouvant que Maleville et Tronchet avaient mal interprété l'article 645, et une interprétation erronée ne peut certes pas faire loi. La cour de Limoges avait jugé dans le sens de la discussion du conseil d'Etat, en appliquant aux sources le principe que l'article 645 établit pour les eaux courantes; l'arrêt a été cassé (3), et, à vrai dire, la question n'est pas douteuse.

189. Aux termes de l'article 641, le propriétaire de la source peut en user à sa volonté, « sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par *titre* ou par *prescription*. » Il faut y ajouter la *destination du père de famille*. Il y a encore une restriction établie

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 6 (Locré, t. IV, p. 165).

(2) Demolombe, t. XI, p. 81, n° 66. Dalloz, au mot *Servitude*, n° 114.

(3) Arrêt de cassation du 29 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 114).

par l'article 643, dans l'intérêt des habitants d'une commune auxquels l'eau de la source est nécessaire. Nous allons examiner les diverses modifications que la loi et la doctrine apportent au droit du propriétaire de la source.

a) *Le titre.*

190. Le titre est d'ordinaire une convention intervenue entre le propriétaire de la source et le riverain inférieur qui veut profiter des eaux. Ce qui se fait par contrat peut aussi se faire par testament. Nous supposons le cas le plus fréquent : quel est l'objet des contrats qui interviennent entre le propriétaire du fonds où naît la source et le riverain inférieur? La question est difficile et douteuse; nous allons exposer les principes que la doctrine et la jurisprudence admettent, et nous ferons en même temps nos réserves.

La convention a pour objet de déroger au droit absolu qu'a le propriétaire de la source d'user des eaux à sa volonté; c'est ce que dit le texte de l'article 641, le mot *sauf* indiquant une exception. Cette exception a en même temps pour objet de donner un droit au propriétaire inférieur; c'est ce que dit encore l'article 641 : « Sauf *le droit* que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par *titre.* » En quoi consiste ce *droit?* Il déroge au droit absolu du propriétaire. Celui-ci peut retenir les eaux, il peut les absorber, il peut aussi les laisser couler, ce qui sera une servitude pour les riverains inférieurs. La dérogation que la convention fait à ces droits intervertit la position des parties; le droit absolu du propriétaire de la source est restreint, donc il naît de la convention une servitude à charge de son fonds, et par suite un droit pour le fonds inférieur qui devient l'héritage dominant. En deux mots donc, le titre crée une servitude. Quelle est l'étendue de cette servitude? Cela dépend des stipulations des parties contractantes. Les difficultés qui peuvent surgir sont une question d'interprétation des actes : question de fait plutôt que de droit (1).

(1) Voyez arrêts de Caen du 5 décembre 1827 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 139) et du 18 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 167, 2°).

Le titre peut aussi donner lieu à des questions de droit. Il y en a une qui n'est pas douteuse. Nous avons dit que le propriétaire peut faire dans son fonds telle fouille qu'il veut, sans être tenu de réparer le dommage qui en résulte pour le voisin, lorsqu'il coupe les veines qui alimentaient une source. Les conventions peuvent modifier ce pouvoir absolu (1). Il a été jugé que si une transaction dit que l'une des parties ne portera jamais atteinte au droit qui est reconnu à l'autre sur une portion de l'eau, cela implique que le premier ne peut plus user de son droit absolu de propriété, en interceptant les eaux courantes qui se trouvent dans son fonds (2).

191. Le propriétaire de la source peut-il céder les eaux à un propriétaire inférieur? Il a été jugé qu'il peut disposer des eaux de la source au profit exclusif d'un propriétaire inférieur, peu importe que celui-ci soit son voisin médiat ou immédiat; bien entendu que si le cessionnaire n'est pas contigu au terrain où naît la source, les eaux ne peuvent passer par le terrain intermédiaire qu'avec le consentement du propriétaire, c'est-à-dire moyennant l'établissement d'une servitude d'aqueduc. La cour de cassation fonde cette doctrine sur le texte de l'article 641, qui accorde au propriétaire du fonds où naît la source la propriété des eaux, et par conséquent le droit d'en jouir et disposer de la manière la plus absolue. Or, un des droits les plus essentiels de la propriété, c'est celui d'aliéner; le propriétaire de la source doit donc avoir le droit de transmettre les eaux aux tiers en tout ou en partie (3).

Si l'on admet que le propriétaire de la source peut user des eaux en dehors de son fonds, il faut admettre aussi qu'il peut céder son droit à un tiers. Nous avons enseigné que le propriétaire du fonds où naît la source a le droit absolu d'en user dans les limites de son fonds, mais que ce

(1) Arrêt de rejet du 15 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 157)

(2) Arrêts de rejet du 19 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 68, 2°), et du 20 juin 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 137).

(3) Arrêt de rejet du 22 mai 1854 (Dalloz, 1854, I, 301) et arrêt de cassation du 19 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 345).

droit s'arrête à cette limite, parce que au delà, il rencontre un droit égal au sien, celui des riverains de l'eau courante formée par la source (n° 183). Si notre principe est exact, la conséquence est incontestable : le propriétaire peut sans doute céder son droit, mais il ne peut le céder que tel que lui-même l'a et le possède ; on ne peut pas céder à d'autres des droits que l'on n'a pas soi-même. Il nous faut donc de nouveau insister sur le principe, dans son application au droit d'aliénation.

Le texte de l'article 641 ne dit pas ce qu'on lui fait dire ; il ne porte pas que le propriétaire de la source a le droit absolu de propriété sur les eaux, il dit seulement qu'il peut en *user* à sa volonté ; le mot *user* veut dire jouir, employer ; c'est l'expression dont le code se sert pour qualifier le droit qu'il accorde aux riverains sur les eaux qui traversent leurs héritages (art. 644). Il y a seulement cette différence que dans l'article 641 la loi ajoute que le maître du fonds peut user de la source *à sa volonté ;* voilà pourquoi nous avons admis avec la doctrine et la jurisprudence qu'il en a la propriété absolue. Mais de quoi est-il propriétaire? Il peut user à sa volonté, répond l'article 641, de la source qui est dans son fonds ; c'est donc d'une *source* qu'il a la propriété, et il a le droit absolu d'user des eaux d'une *source*. Or, les eaux ne portent le nom de source et ne forment une source que dans le fonds où elles jaillissent. Dès que les eaux ont quitté le fonds, on ne dit pas que le propriétaire du fonds où elles coulent a une source dans son fonds ; légalement parlant, cela est certain, car le propriétaire du fonds qui touche immédiatement celui où la source prend naissance n'a plus sur les eaux le plein domaine que l'article 641 donne au maître du fonds supérieur, il n'a plus une source dans son fonds, il a une eau courante dont il peut user, à la vérité, mais dans les limites tracées par l'article 644.

Ainsi le texte de l'article 641 ne donne pas au maître du fonds la disposition absolue des eaux formées par la source, il lui donne seulement le droit d'user à sa volonté de la source, ce qui implique que son droit absolu ne peut être exercé que dans le fonds où l'eau prend naissance.

Hors de ce fonds il n'y a plus de source, donc il ne peut être question du droit de disposer de la source. Tel est aussi l'esprit de la loi. Le législateur considère les eaux comme un domaine commun à tous ceux auxquels la nature accorde ce bienfait, mais elle ne leur donne pas à tous des droits égaux. Le maître du fonds où l'eau jaillit en peut user à sa volonté, c'est son droit de propriétaire que le code a voulu respecter; dès qu'elle sort de son fonds, la source devient une eau courante, et les droits des riverains sont moindres. Celui dont les eaux traversent l'héritage peut en user, mais il ne peut plus les absorber, il doit les rendre, à la sortie de son fonds, à leur cours ordinaire. Quant à celui dont l'eau borde seulement l'héritage, la loi dit qu'il peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés (art. 644). Ainsi la loi règle elle-même les droits de tous ceux qui sont riverains de l'eau, elle veut que tous en profitent, mais dans une mesure différente; ce n'est donc qu'un droit d'*usage* plus ou moins étendu qu'elle leur accorde, elle ne leur donne pas et ne pouvait pas leur donner le droit d'en disposer, puisqu'elle-même en dispose.

192. La cour de cassation, après avoir reconnu au propriétaire de la source le droit d'en disposer au profit des riverains inférieurs, ajoute une restriction. « Ces règles, dit-elle, reçoivent exception au cas où les eaux ont été volontairement abandonnées à la *communauté irrigative;* elles prennent alors le caractère d'eaux publiques et courantes, et la loi crée, en ce cas, en faveur des riverains, des droits qui modifient ceux du propriétaire primordial. » Il en est de même, continue l'arrêt, lorsque, par le résultat de la convention ou de la prescription, les propriétaires inférieurs se sont approprié sur les eaux une jouissance privative à laquelle on ne peut plus porter atteinte. Qu'est-ce que cette *communauté irrigative?* Ce ne peut être que le droit que l'article 644 reconnaît à tous les riverains d'une eau courante de s'en servir pour l'irrigation de leurs propriétés. Le terme n'est pas légal et il est mal choisi, car les riverains ne forment pas une communauté, chacun d'eux a un droit individuel qu'il tient de la loi et dont il use à

son profit exclusif. Quand naît le droit des riverains ; c est-à-dire quand peuvent-ils opposer leur droit à celui du propriétaire de la source? La cour de cassation répond qu'il faut pour cela un *abandon volontaire* du propriétaire de la source à cette communauté irrigative. Ici la cour se met en dehors de la loi ; le code ne dit pas un mot de l'*abandon volontaire* que le propriétaire de la source ferait de son droit. Quand cet *abandon volontaire* existe-t-il? Suffit-il que les eaux aient quitté le fonds pour qu'elles appartiennent à la communauté des riverains? Si cela ne suffit pas, que faut-il de plus pour que l'abandon volontaire transforme la source en eaux publiques? L'arrêt de la cour de cassation garde le silence sur cette question capitale. Il y en a un autre, subséquent, qui maintient la doctrine consacrée par le premier, avec une explication nouvelle. Interrogeons-le (1).

Sur l'appel d'un jugement rendu en matière de possession, le tribunal de Clamecy avait jugé, conformément à notre opinion, que si, aux termes de l'article 641, celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté et de manière même à absorber tout le produit de la source, ce droit n'existe que dans les limites du fonds où la source a pris naissance ; qu'au sortir de ces limites, le droit cesse pour faire place à celui qui naît, au profit des riverains, de l'article 644. Le tribunal oppose à la doctrine de la cour de cassation le texte du code civil. Il y a deux droits en présence : le droit du propriétaire de la source est absolu dans les limites du fonds où la source prend naissance ; hors de ces limites il n'existe plus : naît alors un nouveau droit, celui des riverains de l'eau courante, droit dont l'article 644 règle l'exercice. Ce jugement a été cassé. Dans l'espèce, le propriétaire de la source avait laissé couler les eaux sur un chemin public, de là elles s'étaient répandues sur le fonds d'un propriétaire qui les avait utilisées pour l'irrigation de sa propriété. Puis le propriétaire de la source avait cédé les eaux à un autre riverain. La cour de cassation décida que les faits ainsi constatés

(1) Arrêt de cassation du 19 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 345).

n'entraînaient qu'un *état de choses momentané*, lequel n'avait pu faire perdre au propriétaire de la source la propriété de ses eaux, et le droit d'en disposer à volonté. La chambre civile ne parle pas de la communauté irrigative, mais l'arrêtiste a soin de marquer que sa décision explique ou modifie l'arrêt de 1854. Il ne suffit pas que les eaux de la source se répandent sur un fonds inférieur pour qu'il y ait abandon à la communauté irrigative; tant que cet *état de choses n'est que momentané*, le propriétaire de la source conserve son droit de disposition. Que faut-il donc de plus pour qu'il y ait *abandon volontaire à la communauté irrigative?* L'arrêt de 1855 ne le dit pas plus que celui de 1854.

En définitive, nous ne savons pas quand il y a abandon volontaire à la communauté irrigative; nous ne savons pas quand la source devient une eau courante et publique, dont l'usage appartient aux riverains. Ce vague et cette obscurité sont inévitables, parce que la jurisprudence s'est mise en dehors de la loi. Nous avons dit quel est le sens de l'article 641, il donne un droit absolu au propriétaire de la source dans les limites du fonds où elle prend naissance; hors de ces limites, il n'y a plus de source, donc le maître du fonds où elle naît n'y a plus aucun droit, et partant il n'en peut céder aucun. L'article 644 est tout aussi clair. Il parle des eaux courantes et permet aux riverains de s'en servir. Qu'est-ce qu'une eau courante? Toute eau vive est courante, puisque telle est la loi de la nature. Tant qu'elle court dans le fonds où elle jaillit, c'est le maître du fonds qui seul a le droit d'en user à sa volonté. Du moment où elle quitte ce fonds, elle cesse d'être une source, propriété privée et absolue, pour devenir une eau courante dans le sens de l'article 644, propriété limitée dont tous les riverains sont appelés à jouir.

193. Quel est le rapport entre l'article 644 et l'article 641? En d'autres termes, le droit des riverains de l'eau courante restreint-il le droit du propriétaire de la source? La cour de cassation, dans son arrêt de 1854, met *l'abandon volontaire à la communauté irrigative* sur la même ligne que le *titre* et la *prescription* qui, aux termes de l'article 641, limitent les droits du propriétaire de la source.

Ici il y a confusion et erreur, à notre avis. Nous l'avons déjà dit (n° 187) : la loi n'admet que deux exceptions au droit absolu qu'a le propriétaire de la source d'en user à sa volonté, le titre ou la prescription et l'utilité publique (art. 641 et 643). Il n'appartient pas aux tribunaux d'en créer une troisième, sous le nom d'*abandon à la communauté irrigative*. Cette prétendue exception repose sur une fausse interprétation de l'article 644. D'abord elle est tout à fait arbitraire, en ce sens qu'elle exige une condition pour que les eaux d'une source deviennent des eaux courantes, condition que la loi ignore, condition que la jurisprudence ne définit pas et qu'il est impossible de définir, parce qu'elle est en opposition avec les lois de la nature ; l'eau ne devient pas eau courante en vertu du prétendu *abandon* qui en est fait à la *communauté irrigative*, elle est eau courante par la nature des choses. Ensuite l'exception consacrée par la cour de cassation interprète à faux l'article 644. Il n'est pas vrai de dire que les droits des riverains sur l'eau courante restreignent le droit du propriétaire de la source, au même titre que la convention, la prescription ou l'utilité publique. Dans ces derniers cas, le propriétaire de la source ne peut plus en user à sa volonté ; il est grevé d'une servitude, qui l'empêche de se servir des eaux au préjudice de l'héritage dominant. Tandis que le droit que l'article 644 accorde aux riverains ne restreint jamais par lui seul le droit que le propriétaire de la source a d'user des eaux à sa volonté dans son fonds ; les riverains se seraient servis des eaux pendant mille ans, que le droit du propriétaire de la source subsisterait dans toute son étendue. Cela est élémentaire. Comment donc la cour de cassation a-t-elle pu s'y tromper ? C'est qu'elle a admis au profit du maître de la source le droit de céder l'usage des eaux en dehors de son fonds ; or, ce droit-là est incompatible avec le droit que les riverains ont d'après l'article 644 ; car en cédant son droit à l'un des propriétaires inférieurs, le maître de la source empêche les autres d'user de l'eau courante. Pour concilier les deux dispositions, en les interprétant comme le fait la cour de cassation, il fallait imaginer un *abandon* que le propriétaire de la source fait de

son droit au profit des riverains inférieurs, et lui permettre de céder ses droits aussi longtemps qu'il n'en aurait pas fait l'abandon volontaire.

Tout cela est imaginaire. Les riverains d'un cours d'eau n'ont pas besoin que le propriétaire de la source leur fasse l'abandon de ses droits pour user des eaux; ils tiennent leur droit de la loi, et ce droit ne peut leur être enlevé par la cession que le maître de la source ferait à l'un d'eux. En cédant le droit à l'usage des eaux, au sortir de son fonds, le propriétaire cède ce qui ne lui appartient pas, il cède l'usage d'une eau courante que la loi attribue aux riverains. Dès que l'eau sort du fonds où elle est née, elle devient le domaine de tous les riverains à titre égal, et il n'appartient pas au propriétaire de la source d'attribuer un droit exclusif à l'un d'eux au préjudice des autres. Par contre, le droit des riverains de l'eau courante ne porte aucune atteinte au droit que le propriétaire a, dans les limites de son fonds, d'user des eaux à sa volonté. Il peut exercer ce droit aussi longtemps qu'il ne l'a pas abdiqué par un titre ou par une prescription qui équivaut à un titre.

Telle est la conciliation naturelle des articles 641 et 644. Nous ne nions pas le droit absolu du propriétaire de la source, il est écrit dans la loi, mais il n'exerce ce droit que dans les limites de son fonds. Il ne peut pas le céder, car le droit cédé par lui serait exercé hors de son fonds, il céderait donc un droit qu'il n'a pas; il a un droit sur la source, et il céderait un droit sur une eau qui n'est plus une source, sur une eau courante dont la propriété ou l'usage, peu importe ici, appartient à titre égal à tous les iverains.

Le propriétaire de la source ne peut pas céder des droits qui appartiennent à des tiers; il ne peut pas créer une propriété exclusive des eaux au profit d'un seul riverain, alors que la loi a établi une propriété limitée au profit de tous. Cette propriété limitée s'exerce dès qu'il y a une eau courante, c'est-à-dire dès qu'elle sort du fonds où elle prend naissance et où elle est l'objet d'une propriété exclusive. Il n'y a pas à distinguer si le propriétaire de la

source a fait ou non l'abandon volontaire de ses droits à une prétendue communauté irrigative : la loi ignore cette distinction, il n'appartient pas à l'interprète de la créer. Nous ajoutons qu'il n'y avait pas lieu de la créer. L'eau, comme l'air, est un élément de vie; la Providence l'a destinée à tous, et le législateur doit respecter le vœu de la nature. On peut reprocher aux auteurs du code civil d'avoir donné des droits trop étendus à celui qui a une source dans son fonds; gardons-nous d'exagérer encore des droits qui dépassent déjà les bornes de la nature et de la justice (1).

194. Les questions de détail qui se présentent dans l'application de l'article 641 dépendent de la solution que l'on donne à la difficulté que nous venons d'examiner. Il va sans dire que si le propriétaire de la source a le droit de disposer de l'usage des eaux en dehors du fonds où elle prend naissance, il peut le faire au profit de tout propriétaire inférieur, médiat ou immédiat, comme l'a décidé la cour de cassation dans les arrêts que nous avons cru devoir combattre. Il est évident encore que le cessionnaire peut, de son côté, céder son droit à qui il veut. Si on poussait ce droit à l'extrême, on arriverait à anéantir le droit que l'article 644 accorde aux riverains : ce serait en définitive le propriétaire de la source qui disposerait des eaux, ce ne serait plus la nature ni la loi. Cette conséquence logique qui dérive du principe témoigne contre la jurisprudence qui l'a consacré. Dans notre opinion, le *titre* dont parle l'article 641 n'est pas une *cession* que le propriétaire fait des eaux de la source, c'est une renonciation au droit qu'il tient de la loi d'user des eaux à sa volonté; c'est donc une restriction à ses droits, partant une servitude, comme nous l'avons dit, servitude passive pour le fonds où naît la source, servitude active pour le fonds sur lequel les eaux coulent; ce qui était une charge pour les propriétaires inférieurs devient un droit. L'étendue de la servitude se règle d'après le titre; c'est donc le titre que l'on doit consulter, pour déterminer l'étendue de la charge que le pro-

(1) Les auteurs n'examinent pas la question. Proudhon en dit quelques mots qui sont favorables à notre opinion (*Du domaine public*, t. IV, nos 1357 et 1359).

priétaire de la source a imposée à son fonds. Et l'étendue de la charge détermine l'étendue du droit que le titre donne aux propriétaires inférieurs. Si le titre fixe le volume de l'eau dont le propriétaire de la source s'interdit l'usage, au profit du riverain inférieur, celui-ci ne pourra pas dépasser ces limites; mais il pourra se servir des eaux pour tous ses fonds, par application du droit commun, tel qu'il résulte de l'article 644; car c'est cette disposition qui règle les droits des riverains entre eux; la convention intervenue entre le propriétaire de la source et le propriétaire inférieur a uniquement pour objet d'empêcher le maître de la source d'absorber les eaux, et de le forcer à les laisser couler en tout ou en partie sur les fonds inférieurs. Quand elles sont parvenues sur ces fonds, la loi intervient pour régler les droits des riverains. Le propriétaire de la source ne pourrait pas donner à un propriétaire inférieur des droits que celui-ci n'a pas en vertu de l'article 644; le seul droit que le titre crée, c'est le droit à l'écoulement des eaux.

b) *Destination du père de famille.*

195. L'article 641 ne parle pas de la destination du père de famille. En faut-il conclure que si le propriétaire du fonds avait fait des travaux constituant la destination du père de famille et ayant pour but de faire servir les eaux de la source à un autre héritage qui lui appartient, il n'y aurait pas, au profit de ce dernier, acquisition de la servitude qui, d'après l'article 641, peut être acquise par titre et par prescription? Il y a eu un jugement en ce sens, sur appel, en matière d'action possessoire; mais il a été cassé et avec raison (1). Qu'importe le silence de l'article 641? La question doit se décider par les principes généraux qui régissent les servitudes. Aux termes de l'article 692, « la destination du père de famille *vaut titre* à l'égard des servitudes continues et apparentes; » or, la servitude que le proprié-

(1) Arrêt de cassation du 30 juin 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 142). Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 107, n° 83, et Aubry et Rau, t. III, p. 36 et note 2.

taire inférieur acquiert dans le cas prévu par l'article 641 est continue et apparente, puisqu'elle consiste dans la charge de laisser couler les eaux sur le fonds inférieur, moyennant des travaux apparents et permanents, travaux qui constituent la destination du père de famille. Cela décide la question. L'article 641 lui-même la décide implicitement; en effet, il admet la prescription, donc aussi la destination du père de famille, puisque la prescription aussi bien que la destination du père de famille ne s'appliquent qu'aux servitudes continues et apparentes (art. 691).

196. Quel sera l'effet de la destination du père de famille? Transmet-elle au propriétaire du fonds qui acquiert la servitude le droit absolu sur les eaux tel que le possède le propriétaire de la source? Non, la destination n'est pas une vente; elle vaut titre, dit l'article 692, c'est-à-dire qu'elle crée une servitude, donc une simple modification à la propriété. Le propriétaire de la source s'était servi des eaux pour l'utilité d'un de ses héritages : cet état de choses est maintenu, en vertu d'un concours tacite de volontés. Voilà toute la théorie de la destination du père de famille.

c) *Prescription.*

197. L'article 641 met la prescription sur la même ligne que le titre. Et l'article 642 détermine les conditions requises pour qu'il y ait prescription. Il faut d'abord que le propriétaire du fonds inférieur ait eu une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années. C'est l'application du principe général établi par l'article 690, aux termes duquel les servitudes s'acquièrent par une possession de trente ans. La possession pour conduire à la prescription doit réunir les conditions exigées par l'article 2229: « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. » L'article 691 reproduit quelques-uns de ces caractères : il veut que la jouissance soit non interrompue, et que les travaux sur lesquels se fonde la possession soient apparents. Il va sans dire que les prin-

cipes généraux concernant la prescription restent applicables, par cela seul que la loi n'y a pas dérogé.

La loi exige une jouissance non interrompue pendant trente ans ; si elle s'explique sur l'interruption, c'est sans doute pour marquer que le propriétaire de la source a un moyen d'empêcher que la prescription ne le dépouille de son droit de propriété, c'est de l'interrompre. Tel est d'ailleurs le droit commun. Il faut donc appliquer l'article 2242 d'après lequel la prescription peut être interrompue ou naturellement ou civilement.

Il y a interruption naturelle, dit l'article 2243, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. Dans l'espèce, il y aurait interruption naturelle si le propriétaire de la source retenait les eaux ou les détournait. Faut-il nécessairement que cette interruption ait duré pendant un an, comme l'exige l'article 2243? Cette disposition suppose que le propriétaire inférieur a la possession annale qui lui donne les actions possessoires au moyen desquelles il est maintenu dans sa jouissance ; dans ce cas, il faut, pour interrompre la prescription, que pendant une année le propriétaire de la source l'ait empêché de jouir des eaux en les retenant ou en les détournant. Si le propriétaire inférieur n'avait pas encore la possession annale, le simple fait de la retenue ou du détournement des eaux suffirait pour interrompre immédiatement la prescription, puisque le propriétaire inférieur n'aurait pas, en ce cas, les actions possessoires pour maintenir sa jouissance. C'est l'application du droit commun.

Quant à l'interruption civile, elle se fait par une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui que l'on veut empêcher de prescrire. Ce sont les termes de l'article 2244. Dans l'espèce, il ne peut pas s'agir d'une saisie ni d'un commandement, qui est le préliminaire de la saisie. La voie la plus simple d'interrompre la prescription du propriétaire inférieur, c'est de lui faire une interpellation à l'effet qu'il ait à reconnaître que sa jouissance est purement précaire et qu'il ne pourra l'invoquer contre le propriétaire de la source. Si le propriétaire

inférieur refusait de souscrire une pareille reconnaissance, le propriétaire de la source devrait l'assigner en justice. Une simple protestation que ferait le propriétaire du fonds où naît la source contre les entreprises du propriétaire inférieur ne suffirait pas pour interrompre la prescription : l'interruption civile n'existe que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi (1).

198. Quand cette prescription commence-t-elle à courir? L'article 642 répond : « A compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. » Il faut que les ouvrages soient *faits et terminés,* dit la loi; des travaux commencés ne suffiraient donc pas pour mettre immédiatement le propriétaire de la source en demeure de les interrompre. Il n'en aurait pas même le droit, si les ouvrages étaient exécutés sur le fonds inférieur, et ces ouvrages suffisent, comme nous le dirons plus loin, pour fonder la prescription. Les trente ans courent donc, non du jour où les travaux ont commencé, mais du moment où ils sont terminés. Le propriétaire de la source est averti alors de l'intention qu'a le propriétaire inférieur d'exercer une servitude à charge de son fonds; il doit interrompre sa jouissance s'il veut empêcher la prescription de s'accomplir.

199. Quelle espèce de travaux faut-il pour que la prescription commence à courir? Il y a sur ce point une grande diversité d'avis dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). La raison en est que les auteurs ont voulu faire d'une question de fait une question de droit. Tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait des *ouvrages* apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; elle ne s'explique pas sur la nature de ces ouvrages. C'est là une question de fait qui peut recevoir des solutions diverses d'après les diverses circonstances. Ainsi on demande si une tranchée ou rigole ouverte dans le fonds supérieur, pour conduire les eaux dans une prai-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 36, note 14; p. 38, note 18, et t. II, p. 351, note 26, et les autorités qui y sont citées.
(2) Demolombe, t. XI, p. 88, nº 74, et les autorités qu'il cite.

rie, est un *ouvrage* dans le sens de l'article 643. La cour de Bordeaux a décidé la question affirmativement; elle dit très-bien que la nature et l'importance des ouvrages doivent être appréciés suivant l'objet de la contestation. Dans l'espèce, il s'agissait de l'irrigation d'une prairie qui n'était pas d'une grande étendue, et l'irrigation ne se faisait que pendant trente-six heures par semaine; une simple tranchée était suffisante pour cet usage : pourquoi donc aurait-on exigé des ouvrages plus considérables (1)? Dans une autre espèce, la cour de cassation a jugé qu'il ne suffisait pas qu'il y eût dans le fonds supérieur une rigole destinée à diriger les eaux vers le fonds inférieur, bien que le curage eût été fait par le propriétaire de ce fonds; c'est qu'il y avait des circonstances particulières qui ne permettaient pas de considérer la rigole comme un ouvrage fait pour faciliter la chute de l'eau dans l'intérêt du propriétaire inférieur. Le conseiller rapporteur, M. Mesnard, a très-bien relevé ces circonstances, et il a en même temps établi les vrais principes.

Un premier point est reconnu par tout le monde, c'est que le cours naturel des eaux de la source sur le fonds inférieur ne donne aucun droit au propriétaire de cet héritage; il faut, pour qu'il acquière un droit, que sa jouissance soit accompagnée de signes extérieurs qui manifestent d'une manière certaine qu'il a eu l'intention de s'approprier les eaux et de créer, à son profit, une servitude sur le fonds supérieur. Ces signes ou ces ouvrages doivent donc être assez significatifs pour donner l'éveil au propriétaire de la source, en lui annonçant une volonté bien déterminée de limiter son droit. Tels sont les principes. Dans l'application, comme il s'agit d'une question de volonté ou d'intention, il faut consulter les faits. Une rigole qui existe sur le fonds supérieur et qui a été creusée pour l'écoulement des eaux manifeste-t-elle suffisamment le dessein du propriétaire inférieur? Cela dépend, répond M. Mesnard. Si la rigole a été creusée par lui ou d'après ses ordres sur le fonds où naît la source, ou si elle n'a été établie que dans son intérêt, il se

(1) Bordeaux, 5 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 153).

peut que cet ouvrage caractérise suffisamment une possession à titre de servitude. Il n'en était pas ainsi dans l'espèce jugée par la cour de cassation. Il y avait une rigole; mais qui l'avait creusée? avait-elle été faite dans l'intérêt du propriétaire inférieur? On ne le savait. Le doute seul sur ces points enlevait aux ouvrages le caractère d'actes faits à titre de servitude. Dès lors le curage devenait un fait insignifiant, et la cour de cassation avait raison de décider que les conditions requises par la loi pour l'établissement d'une servitude n'étaient pas remplies (1). Dans un autre procès, elle jugea qu'une rigole pratiquée par le propriétaire inférieur dans un lavoir commun suffisait pour acquérir la servitude. L'arrêt a été rendu sur le rapport du même conseiller dont nous venons de résumer les observations (2).

200. Tout n'est pas question de fait dans les ouvrages que la loi prescrit. Elle veut qu'ils soient faits par le propriétaire du fonds inférieur. La raison en est simple. Les travaux doivent annoncer la volonté certaine du propriétaire inférieur de prescrire contre le droit du propriétaire de la source; il faut donc que les ouvrages soient faits dans son intérêt; or, s'ils sont faits par le propriétaire supérieur, toutes les probabilités sont qu'il a voulu faciliter l'écoulement des eaux dans son intérêt à lui; il a agi comme propriétaire et au profit de son héritage; loin qu'il résulte de là une possession que le propriétaire inférieur puisse invoquer, les travaux témoignent et protestent contre ses prétentions. Il est presque inutile de citer la doctrine et la jurisprudence, puisque le texte est formel (3).

201. Aux termes de l'article 642, les ouvrages doivent être destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur. C'est toujours l'application du principe que nous venons de poser. Les travaux faits pour faciliter l'écoulement des eaux peuvent avoir pour objet, soit d'empêcher la stagnation des eaux dans le fonds où la source

(1) Arrêt de rejet du 15 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 253).
(2) Arrêt de rejet du 27 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 145).
(3) Aubry et Rau, t. III, p 39 et note 15, et les autorités qu'ils citent. Arrêts de rejet du 15 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 253) et de cassation du 18 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 122).

jaillit, soit de les faire parvenir dans le fonds inférieur; dans le premier cas, ils ne peuvent pas créer de servitude, puisqu'ils sont l'exercice du droit de propriété, et faits dans l'intérêt du propriétaire de la source; dans le second cas, les travaux profitent au propriétaire inférieur, ils sont donc dirigés contre le propriétaire supérieur et, à ce titre, ils commencent la prescription. La cour de cassation a appliqué l'article 642 à une espèce singulière. Des barrages appuyés contre un fonds appartenant au propriétaire de la source dérivaient les eaux d'un ruisseau qui recevait la source. Le propriétaire du fonds inférieur jouissait depuis un temps immémorial des eaux du ruisseau, y compris les eaux de la source, quand le propriétaire de celle-ci la détourna au profit d'une commune. Le riverain inférieur invoqua la prescription; on lui opposa que les travaux qu'il alléguait étaient destinés à dériver les eaux du ruisseau, et pouvaient fonder une prescription contre les riverains dudit ruisseau, mais qu'étant pratiqués à cent mètres de la source, ils n'avaient pas pour objet d'en faciliter l'écoulement et le cours dans le fonds inférieur. Les eaux de la source, dit très-bien la cour de Grenoble, au moment où elles sortent du fonds dans lequel elles jaillissent, cessent d'être la propriété du maître de ce fonds, elles deviennent le domaine de tous les riverains; le ruisseau est donc distinct de la source, en prescrivant le ruisseau on ne prescrit pas la source, puisqu'il n'y a pas de travaux faits pour en faciliter la chute dans le fonds inférieur (1).

202. L'article 642 exige que les travaux soient *apparents*. C'est l'application d'un principe général en matière de prescription. La possession, d'après l'article 2229, doit être publique. Mais comment faut-il entendre la publicité? A s'en tenir à la lettre de l'article 642, il faudrait décider que les ouvrages doivent se trouver à la superficie du sol, de sorte qu'un aqueduc souterrain ne suffirait pas, bien qu'il s'annonçât par des signes extérieurs. Mais si on interprète ainsi l'article 642, on le met en opposition avec

(1) Grenoble, 26 novembre 1840, et arrêt de rejet du 30 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 152).

un texte formel et avec les principes généraux. Tout ce que les principes demandent, c'est que la *possession* soit *publique*; or, la possession peut être publique quoique les ouvrages soient souterrains; bien mieux, la chose même que l'on prescrit peut être souterraine; l'article 553 le dit; dès que les faits de possession sont publics, de manière que le propriétaire contre lequel on prescrit doive les connaître, le but de la loi est atteint. Il a été jugé en ce sens qu'un canal souterrain conduisant les eaux du fonds supérieur dans le fonds inférieur était un ouvrage apparent, parce qu'il s'annonçait, à l'entrée du pré, par une ouverture ou marque extérieure, ce qui constituait une publicité suffisante (1).

203. Faut-il que les travaux soient faits sur le fonds supérieur? C'est une question très-controversée. La jurisprudence constante de la cour de cassation décide que les travaux doivent être faits dans le fonds où naît la source; les auteurs sont divisés. Nous croyons que, d'après le texte et l'esprit de la loi, il suffit que les travaux soient faits dans le fonds inférieur. Le texte entre dans le détail des conditions requises pour qu'il y ait prescription; or, il n'exige pas que les ouvrages soient faits dans le fonds supérieur. On prétend que cette condition résulte des principes (2). Il s'agit d'une prescription acquisitive fondée sur la possession; la question est donc de savoir quels sont les caractères que la possession doit réunir pour conduire à la prescription. Nous avons déjà cité l'article 2229 qui répond à la question; le seul caractère qui ait du rapport avec notre espèce est que la possession doit être à titre de propriétaire. La difficulté se réduit donc à ceci : si le propriétaire inférieur fait des travaux sur son fonds, travaux qui sont destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau

(1) Arrêt de rejet du 13 avril 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 154). Comparez Duranton, t. V, p. 170, n° 180.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n°s 1372-1374; Demolombe, t. XI, p. 98, n° 80. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 152). Il faut ajouter les arrêts récents. Voyez un arrêt du 8 février 1858 et la note (Dalloz, 1858, 1, 68) et arrêts du 23 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 159), et du 17 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 197).

dans son héritage, et s'il jouit des eaux par suite de ces travaux, sa possession sera-t-elle à titre de propriétaire? Nous répondons que le juge pourra y voir une possession conduisant à la prescription; la possession est essentiellement une question de fait que le juge apprécie. Sans doute si les travaux sont faits par le riverain inférieur sur le fonds supérieur, la possession sera plus caractérisée; encore pourrait-il résulter des circonstances de la cause que de pareils travaux ont été faits du consentement du propriétaire supérieur, il est vrai, mais à titre de bon voisinage, de tolérance, donc à titre précaire, ce qui rendrait la prescription impossible. Il ne faut donc pas dire : par cela seul que les ouvrages sont faits sur le fonds supérieur, la possession sera utile à la prescription. Et il ne faut pas dire non plus : par cela seul que les travaux seront pratiqués dans le fonds inférieur, la possession ne conduira pas à la prescription. L'article 643 n'exige qu'une chose, des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau; et l'article 2229 veut que la possession soit à titre de propriétaire. C'est au juge de décider si les ouvrages faits par le propriétaire inférieur, soit dans son fonds, soit dans le fonds supérieur, révèlent une possession à titre de propriétaire.

Voilà les principes tels qu'ils résultent du texte même du code civil. On nous oppose l'ancien droit. En effet, Dunod enseigne formellement que « les voisins doivent avoir fait un canal dans le fonds d'où la source sort pour en conduire l'eau dans le leur (1). » Nous tenons grand compte de la tradition, mais à une condition, c'est qu'il soit prouvé que le code civil l'ait maintenue. Comme droit positif, l'ancienne jurisprudence est abrogée; on ne peut donc l'invoquer que si le législateur a entendu la consacrer. On prétend que les termes mêmes de l'article 643 fournissent la preuve que nous demandons : conçoit-on que l'on fasse dans le fonds inférieur des travaux qui facilitent la chute de l'eau? Cela ne se conçoit, dit-on, que si les ouvrages sont exécutés dans le fonds supérieur. Nous répondons que c'est une

(1) Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 88.

question de fait; le juge appréciera les ouvrages, et s'il trouve qu'ils ne sont pas destinés à faciliter la chute de l'eau dans le fonds inférieur, il n'admettra pas la prescription. Nous avons encore une autre réponse à faire à cette objection de texte : la cour de cassation, qui a toujours exigé que les ouvrages fussent pratiqués dans le fonds supérieur, avoue que l'article 643 ne le dit pas d'une manière bien explicite (1). Sur quoi donc la cour se fonde-t-elle? Elle dit que cela résulte de l'esprit de la loi. Sur ce point la cour de cassation se trompe évidemment. Nous ne prononçons pas le mot d'évidence à la légère : les textes parleront pour nous.

Quand on invoque l'esprit de la loi, on devrait se donner la peine de rechercher la volonté du législateur, car l'esprit de la loi est bien ce que les auteurs du code ont voulu. Consultons donc la discussion. Le projet soumis aux délibérations du conseil d'Etat ne contenait que cette seule disposition : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. » Quand la discussion s'ouvrit, Berlier proposa d'ajouter : « Sans préjudice néanmoins des droits du propriétaire de l'héritage inférieur, quand il a reçu les eaux de cette source pendant un temps suffisant pour en prescrire l'usage. » Ainsi le premier auteur de l'article 642 ne prononça pas même le mot d'*ouvrages*, il se contentait d'une possession suffisante pour prescrire. Treilhard objecta que, pour prescrire, il fallait posséder *animo domini*; or, dit-il, le propriétaire du fonds inférieur ne peut ignorer que la source de l'eau qui traverse sa propriété appartient au propriétaire du terrain où elle naît. Celui-ci seul a le droit d'en user; s'il laisse couler les eaux, il n'en résulte pas qu'il ait entendu donner un droit au propriétaire inférieur. Qu'est-ce que Treilhard oppose à la proposition de Berlier? Que le seul fait de l'écoulement des eaux sur le fonds inférieur ne donne aucun droit au propriétaire de ce fonds. Cela est élémentaire. Constatons seulement que Treilhard ne dit encore rien des ouvrages.

(1) Arrêt de rejet du 5 juillet 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 151, 1°, p. 94).

Berlier répondit qu'il ne contestait pas au maître du fonds où la source jaillit la propriété des eaux; libre à lui de leur donner telle destination qu'il lui plaira; mais si au lieu d'user des eaux il les laisse couler sur les fonds inférieurs auxquels elles profitent, ne serait-ce pas porter un grand préjudice à ces héritages, si le propriétaire de la source pouvait, après plus de trente ans, supprimer ou détourner le cours de la source, surtout s'il y a eu des ouvrages faits en considération de cet état de choses? Berlier ajouta que la propriété des eaux était d'une nature toute particulière. Regnauld de Saint-Jean d'Angely abonda dans cet ordre d'idées; il invoqua l'usage, c'est-à-dire la jurisprudence : elle exigeait des ouvrages, mais Regnauld dit en termes formels qu'elle se contentait d'ouvrages faits dans le fonds inférieur pour profiter des eaux. Voilà donc les partisans de la tradition qui l'interprètent comme nous interprétons l'article 642 : il faut des ouvrages, dit Maleville, la seule jouissance des eaux est insuffisante; il faut qu'indépendamment de la possession, le propriétaire du fonds inférieur ait fait depuis trente ans des ouvrages pour l'usage des eaux. Tronchet donna un autre sens à la tradition; il prétendait que le propriétaire inférieur n'était pas admis à prescrire; selon lui, la disposition proposée par Berlier était une innovation; il conclut en disant qu'il serait très-difficile de prescrire si la possession n'était attestée par des *ouvrages extérieurs*. Toujours pas un mot sur le point de savoir dans quel fonds les travaux devaient être faits. Pour mieux dire, personne ne contesta ce que Regnauld avait dit, c'est que des ouvrages faits dans le fonds inférieur fondent une possession suffisante pour la prescription. Cambacérès parla en termes généraux de la nécessité d'ouvrages faits par le propriétaire inférieur. Regnauld revint à la charge pour plaider la cause des propriétaires inférieurs; lorsqu'ils s'étaient ménagé davantage des irrigations par des travaux ou des constructions, on ne pouvait pas permettre au propriétaire de la source qui les avait souffertes pendant trente ans de les rendre tout à coup inutiles en dérivant les eaux de la source au profit d'un tiers, qui se trouverait ainsi enrichi par la ruine

de celui auquel les eaux seraient enlevées. Le procès-verbal de la séance constate que l'article fut adopté avec les amendements de Berlier, Regnauld et Cambacérès (1).

Si nous n'avions, pour interpréter l'esprit de l'article 642, que la discussion du conseil d'Etat, il faudrait dire, sans hésiter, que le législateur s'est contenté de travaux extérieurs, c'est-à-dire d'ouvrages qui manifestent l'intention du propriétaire inférieur d'user des eaux à titre de droit et non à titre de tolérance. Pas un mot n'a été dit au conseil d'où l'on puisse induire qu'il faille des travaux faits sur le fonds supérieur. Il a été dit, au contraire, et répété, que des ouvrages faits par le propriétaire inférieur dans son fonds suffisaient. Jusqu'ici nous cherchons vainement l'esprit de la loi que la cour de cassation invoque à l'appui de sa jurisprudence. Les délibérations du conseil d'Etat témoignent décidément contre la doctrine consacrée par la cour.

Nous arrivons au point décisif du débat. La question de savoir si les ouvrages extérieurs exigés par le projet du conseil d'Etat doivent être faits sur le fonds supérieur n'avait pas été soulevée dans la discussion, parce que tout le monde étiat d'accord qu'il suffisait d'ouvrages faits dans le fonds inférieur. Au sein de la section de législation du Tribunat, la question fut l'objet d'un examen sérieux. Ceux qui pensaient que les travaux doivent être faits sur le fonds supérieur disaient : « Le propriétaire du fonds supérieur étant propriétaire de la source, on ne peut prescrire contre lui tout ou partie de cette propriété, que par des moyens qui impliquent un consentement à la perte de cette propriété. On convient que le propriétaire inférieur ne peut acquérir la prescription par une simple jouissance, et qu'il doit faire des ouvrages extérieurs pour manifester l'intention qu'il a de prescrire. Il faut donc que le propriétaire supérieur connaisse cette intention, et comment la connaîtrait-il si les ouvrages ne sont faits que dans le fond inférieur? Et quand le propriétaire de la source aurait

(1) Séance du conseil d'État du 4 brumaire an XII, n°s 6 et 7 (Locré, t. IV, p. 164-166).

connaissance des travaux, comment empêchera-t-il le propriétaire inférieur de faire chez lui ce qui lui plaira? » Ecoutons maintenant les partisans de l'opinion contraire. Ils avouaient que s'il s'agissait d'une servitude établie par le fait de l'homme, il faudrait se montrer plus rigoureux et exiger que les travaux fussent faits sur l'héritage servant. Mais, dans l'espèce, la servitude dérive de l'état des lieux; le riverain inférieur tient sa jouissance, non d'une convention expresse ou tacite, mais du bienfait de la nature. Si le propriétaire supérieur est resté pendant le long espace de trente années sans troubler cette jouissance, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature. « Les ouvrages que le propriétaire inférieur fait sur son fonds sont une déclaration formelle qu'il a dessein de prescrire, et si la prescription s'accomplit, le propriétaire supérieur doit s'imputer de n'avoir pas manifesté une volonté contraire. Il pouvait pendant trente ans arrêter la prescription, soit en absorbant l'eau de la source, soit en la dérivant, soit en déclarant au propriétaire inférieur, par une protestation formelle, qu'il n'entend pas laisser prescrire contre lui le droit de changer le cours de l'eau. Dès qu'il n'a rien fait de tout cela, son silence vaut consentement à ce que le propriétaire inférieur conserve ce que la nature lui a donné. »

Voilà les deux opinions en présence : laquelle l'emporte? La dernière opinion, dit le Tribunat, a prévalu. Et pour lever le doute qu'aurait pu faire naître le mot *extérieurs*, la section de législation proposa d'y substituer le mot *apparents* (1). Ainsi la question a été posée et résolue, et le texte du projet a été modifié en conséquence. Il faut renoncer à se servir des travaux préparatoires si l'on n'en tient aucun compte, alors qu'il y a une décision formelle dans le sens de l'une des opinions qui se sont fait jour sur une question controversée (2). Que répond-on à cela? On dit que l'opinion que nous soutenons était, il est vrai, celle du

(1) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 3 (Locré, t. IV, p. 173, 174).

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 178, 4°; Aubry et Rau, t. III, p. 37, note 17, et les autorités qui y sont citées. Il y a un arrêt de Rouen du 16 juillet 1857 en faveur de cette opinion (Dalloz, 1857, 2, 181).

conseil d'Etat et du Tribunat; mais que le texte de l'article 642 ne l'ayant pas consacrée, les principes doivent conserver leur empire (1). Quoi! il s'agit, de l'aveu de la cour de cassation, de rechercher l'esprit d'une loi qui n'est pas très-explicite. Et voilà les auteurs mêmes de la loi qui nous disent ce qu'ils ont voulu. Et on refuse de les écouter, parce qu'ils n'ont pas écrit leur volonté dans un texte! Cela même n'est pas exact, car le texte a été modifié dans le sens de l'opinion unanime de ceux qui ont préparé la loi. Avons-nous tort de dire que l'esprit de la loi est évident, et qu'il témoigne contre la doctrine de la cour de cassation?

Il est presque inutile d'invoquer les paroles des orateurs du gouvernement et du Tribunat. Berlier, dans l'Exposé des motifs, se contente de travaux *apparents* et *spéciaux*; il entend par travaux spéciaux des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur. Gillet interprète la tradition comme l'avait fait Tronchet; l'ancien droit, dit-il, n'admettait pas la prescription en faveur du propriétaire du fonds inférieur; le code l'admet lorsque le propriétaire a pris possession du cours de l'eau par des ouvrages apparents, si le propriétaire de la source, averti par cette apparence même, n'a rien fait pendant trente années pour interrompre une jouissance qui n'était pas la sienne (2).

204. Faut-il que les propriétaires soient contigus pour pouvoir prescrire contre le maître de la source? En principe, il n'y a pas de raison pour limiter aux propriétaires immédiats le droit de prescrire contre le propriétaire de la source. S'ils ne veulent pas ou ne peuvent pas user des eaux, pourquoi ne permettrait-on pas aux propriétaires plus éloignés d'en user? La nature leur donne ce droit, puisque la source est devenue un cours d'eau; mais le propriétaire de la source conserve la propriété des eaux, et il pourrait leur enlever cette jouissance en absorbant

(1) Demolombe, t. XI, p. 98, nº 80. Quant aux arrêts de la cour de cassation, ils ne disent rien.
(2) Berlier, Exposé des motifs, nº 6 (Locré, t. IV, p. 179). Gillet, Discours, nº 7 (*ibid.*, p. 194).

la source ou en la dérivant. Il leur importe donc d'empêcher que le propriétaire de la source n'exerce son droit; c'est dire qu'il y a lieu à convention et partant à prescription. Mais les conditions seront-elles les mêmes que pour le propriétaire contigu? Non, dit-on, les travaux devront être faits sur le fonds où naît la source. Cela résulte du texte même de l'article 643; il exige que les travaux soient destinés à faciliter la chute de l'eau, ce qui signifie le passage de l'eau du fonds où elle surgit dans le fonds contigu. Cette condition ne peut donc pas être remplie sur les fonds plus éloignés. De là la conséquence que des ouvrages pratiqués sur ces fonds seraient insuffisants pour acquérir la prescription. Ils pourront toujours prescrire, mais en faisant des travaux sur le fonds supérieur.

Telle est l'opinion générale, même de ceux qui se contentent de travaux faits sur le fonds inférieur (1). Il nous semble qu'ils s'attachent trop à la lettre de la loi. Pourquoi la loi exige-t elle des ouvrages destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau? Comme l'a dit le Tribunat, c'est pour marquer la volonté du propriétaire qui manifeste par là son intention d'user des eaux à titre de droit. Quelle doit être la nature de ces ouvrages? Ceci est une question de fait que le législateur n'a pas pu décider, le juge seul peut le faire d'après les circonstances de chaque cause. Le texte suppose qu'il y a un fonds supérieur, d'où les eaux *tombent* sur le fonds inférieur, mais cela peut ne pas avoir lieu, les deux fonds peuvent se trouver dans la plaine; il sera inutile alors de faire des travaux pour faciliter la *chute* de l'eau, puisqu'il n'y a pas de *chute*. Cela prouve que tout dépend de la situation des lieux. La seule chose que l'on puisse dire, c'est que plus on s'éloigne du fonds où la source prend naissance, plus il sera difficile que les ouvrages soient apparents. Mais cela encore est une difficulté de fait. Notre conclusion est qu'en cette matière il faut s'en rapporter à l'appréciation du juge (2).

205. Des ouvrages existent soit sur le fonds inférieur,

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 38, note 19 et les autorités qu'ils citent.
(2) Comparez Marcadé, t. II, p. 559, art. 642, nº III. Demante, t. II, p. 577, nº 493 *bis* III.

soit sur le fonds supérieur; on suppose qu'ils sont destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur; cela ne suffit pas pour qu'il y ait acquisition de la servitude par prescription; la loi est formelle, elle veut que les travaux soient faits par le propriétaire inférieur qui réclame la servitude. La preuve incombe au demandeur; c'est à celui qui prétend que son fonds jouit d'une servitude à le prouver. Donc le propriétaire du fonds inférieur doit prouver que c'est lui qui a fait les travaux. Tel est le principe. Pour l'application du principe, il faut distinguer. Si les ouvrages existent sur le fonds inférieur, le propriétaire peut invoquer la présomption établie par l'article 553, aux termes duquel toutes constructions sur un terrain sont présumées faites par le propriétaire, à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé. Le propriétaire inférieur ayant une présomption légale en sa faveur, est par cela même dispensé de toute preuve (art. 1352), sauf au propriétaire supérieur à faire la preuve contraire. Par contre, les ouvrages faits sur le fonds supérieur sont présumés l'œuvre et la propriété du maître de ce fonds, en vertu de la même présomption. C'est donc, en ce cas, au propriétaire inférieur à combattre la présomption.

Il a été jugé par la cour de cassation que « les travaux faits sur le fonds d'autrui sont présumés faits par celui à qui ils profitent, ou par ses ordres ou dans son intérêt. » De là la cour conclut que si des ouvrages existent sur le fonds supérieur, destinés à faciliter l'écoulement des eaux dans le fonds inférieur, de sorte que les travaux sont faits exclusivement dans l'intérêt de ce fonds, il y a présomption qu'ils ont été faits par le propriétaire dudit fonds (1). Il y a erreur ici, ou malentendu. Des ouvrages existent sur le fonds supérieur : quelle est la présomption légale sur le point de savoir qui a fait ces travaux? L'article 553 répond : « Ils sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais et lui appartenir. » Donc, loin qu'il y ait pré-

(1) Arrêts de rejet du 1er décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 21) et du 17 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 197). Dans le même sens, Amiens, du 18 mai 1868, confirmé par un arrêt de rejet du 17 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 1, 197).

somption légale en faveur du propriétaire inférieur, il y a présomption légale en faveur du propriétaire supérieur. Mais la loi ajoute, sauf la preuve contraire. Le propriétaire inférieur est donc admis à prouver que c'est lui qui a fait les travaux. Comment se fera cette preuve? Elle peut se faire par témoins, puisqu'il s'agit de faits purs et simples, lesquels de droit commun se prouvent par témoins, quel que soit le montant du litige. Or, quand la preuve testimoniale est admissible, le juge peut aussi admettre les présomptions dites de l'homme, parce qu'elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. Le propriétaire inférieur pourra donc alléguer, à ce titre, la présomption que les travaux ayant été faits dans son intérêt, il est présumé en être l'auteur. Ainsi ce que la cour de cassation appelle une présomption légale en faveur du propriétaire inférieur, est une présomption simple; et loin d'être dispensé de toute preuve, c'est le propriétaire inférieur qui est tenu de faire la preuve. Tout cela est élémentaire (1).

206. On demande si les travaux exigés par l'article 642 pourraient être remplacés par une notification que le propriétaire inférieur ferait au propriétaire de la source, pour lui signifier qu'il ait à s'abstenir de changements dans la direction des eaux. Proudhon enseigne l'affirmative; il invoque la maxime que « la contradiction ouvre la carrière à la prescription de tout ce qui peut être prescrit (2). » La maxime est formulée en ces termes par Dunod, et elle est incontestable; mais reste à savoir si l'article 642 n'y a pas dérogé, que ce soit à tort ou à raison, peu importe. Or, le texte est formel; les ouvrages sont une condition essentielle requise pour que la prescription puisse s'accomplir au profit du propriétaire inférieur. Cela n'est ni logique ni juridique. Car qu'est-ce que les travaux faits par le propriétaire inférieur? Une mise en demeure du propriétaire supérieur. Est-ce qu'une notification directe qui lui est adressée par le propriétaire inférieur n'est pas une mani-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 39 et note 21.
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1371. Dunod, *De la prescription*, p. 37.

festation plus certaine, plus énergique de sa volonté de prescrire que des travaux qui, à la rigueur, peuvent être un acte de tolérance et de bon voisinage? Proudhon a donc raison en principe; mais le texte ne permet pas d'adopter son opinion ; aussi est-elle restée isolée (1).

d) *Effet du titre, de la destination et de la prescription.*

207. Quel est l'effet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription? Il y a beaucoup d'incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence. En parlant du titre, nous avons déjà dit que, dans notre opinion, le droit que le propriétaire inférieur acquiert, d'après l'article 641, consiste dans une servitude qui grève le fonds dans lequel la source prend naissance. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute sur ce point. « Celui qui a une source dans son fonds, dit l'article 641, peut en user à volonté. » C'est dire qu'il est propriétaire de la source; or, le droit de propriété est illimité. Donc le maître de la source peut l'absorber en usages agricoles ou industriels; s'il use de ce droit, la source ne deviendra pas une eau courante, et par suite les propriétaires inférieurs ne profiteront pas des eaux. Alors même que le propriétaire supérieur a laissé couler les eaux pendant un temps immémorial, il peut toujours les retenir, les dériver, les absorber, et enlever ainsi aux riverains la jouissance qu'ils avaient eue. Ceux-ci ont donc grand intérêt de limiter le droit absolu du propriétaire de la source; or, limiter l'exercice du droit de propriété, c'est créer une servitude. Tel est l'objet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription : c'est ce qu'indique le texte en disant, *sauf le droit*. Le propriétaire inférieur peut donc acquérir un droit qui empêche le propriétaire supérieur d'user des eaux à sa volonté : voilà la servitude (2).

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 37 et note 16. Il faut ajouter Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 161, note 6.

(2) Voyez, en ce sens, le rapport du conseiller rapporteur dans l'affaire jugée par arrêt du 20 mai 1828 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 171, p. 99, note).

Nous disons que tel est aussi l'esprit de la loi. Elle donne aux riverains des eaux courantes le droit de s'en servir, mais ce droit pourrait être anéanti par le propriétaire de la source, si celui-ci retenait les eaux et les empêchait de couler sur les fonds inférieurs. Pour s'assurer la jouissance des eaux, les propriétaires inférieurs doivent donc limiter le droit absolu du propriétaire de la source, c'est-à-dire établir une servitude.

208. L'application de ce principe ne souffre aucun doute quand le propriétaire inférieur invoque la destination du père de famille. C'est là un mode d'établir les servitudes (art. 692), et la destination du père de famille n'a jamais d'autre effet. Il n'en est pas de même du titre et de la prescription. Le titre peut transférer la toute propriété, aussi bien qu'une servitude; et on peut acquérir par la prescription la toute propriété ou un démembrement de la propriété. De là la question de savoir si le propriétaire inférieur peut acquérir la propriété des eaux de la source, par titre ou par prescription. On admet généralement que le propriétaire de la source peut transmettre la propriété des eaux au propriétaire inférieur par un titre translatif de propriété (1). Nous avons combattu cette opinion (n° 191); à l'appui de la nôtre, nous invoquerons les considérants d'un arrêt de la cour de cassation et les observations du rapporteur. Celui-ci dit formellement que le droit que peut avoir acquis le propriétaire du fonds inférieur par titre ou par prescription, et dont l'article 641 fait la réserve, ne déplace pas la propriété, puisque la propriété est inhérente au fonds; ce droit, conclut le rapport, est moins une propriété qu'une servitude. L'arrêt de la cour adopte cette manière de voir; il décide que la propriété d'une source est essentiellement inhérente au fonds; les parties voudraient la transmettre qu'elles ne le pourraient pas, car la source ne se transporte pas d'un fonds dans un autre. Qu'est-ce donc que le droit des propriétaires inférieurs dont parle l'article 641? Une servitude, dit

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 39.

la cour, relative à l'usage des eaux qui découlent de la source (1).

D'où naît cette servitude? Elle peut s'établir par titre ou par prescription. La loi met la prescription sur la même ligne que le titre; elle doit donc avoir les mêmes effets. Si le titre ne transporte pas la propriété de la source au propriétaire inférieur, la prescription ne peut pas davantage le rendre propriétaire; il use des eaux, mais il ne possède pas la source, il ne peut donc pas en acquérir la propriété, car on n'acquiert par la prescription que ce que l'on a possédé. Sur ce point il y a cependant controverse. Les éditeurs de Zachariæ enseignent que la prescription ne donne jamais au propriétaire inférieur qu'un droit d'usage sur les eaux de la source, tandis que le titre peut lui en conférer la propriété même. Cette doctrine nous paraît peu logique. En principe, on peut acquérir par prescription ce que l'on peut acquérir par convention. Si donc on admet que le propriétaire de la source peut vendre son droit de propriété, il faut conclure qu'on peut aussi le prescrire contre lui. Mais les savants traducteurs ont compris qu'il était impossible au propriétaire inférieur de prescrire la source, nous en avons dit la raison, qui est péremptoire. N'en faut-il pas conclure que le titre ne peut pas plus que la prescription transférer une propriété qui est essentiellement attachée au fonds? Toutefois la cour de cassation, par un arrêt récent, a jugé que la propriété des eaux peut s'acquérir par prescription (2).

209. Quelle est l'étendue de la servitude qui grève le fonds où naît la source? Sur ce point il y a de nouvelles difficultés. Il faut avant tout se faire une idée exacte de l'objet de la servitude. On dit d'ordinaire que l'objet de la servitude est de donner au propriétaire la jouissance des eaux. Cela n'est pas exact. Dès que la source sort du fonds où elle jaillit, elle devient une eau courante; or, la loi, d'accord avec la nature, donne aux riverains le droit d'user de l'eau courante à son passage. Les riverains jouissent

(1) Arrêt de rejet du 20 mai 1828, cité p. 250, note 2.
(2) Arrêt de rejet du 25 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 229).

donc des eaux en vertu de la loi; mais cette jouissance est à la merci du propriétaire de la source, qui peut toujours retenir les eaux, les absorber ou les dériver, aussi longtemps que les propriétaires inférieurs n'ont pas limité son droit absolu d'user des eaux à sa volonté. Donc l'objet de la servitude est de limiter le droit absolu du propriétaire de la source. Il était libre d'user des eaux à sa volonté, et la servitude à laquelle son fonds est soumis lui enlève ce droit. La servitude ne donne donc pas au propriétaire inférieur le droit de jouir, il tient ce droit de sa qualité de riverain, mais elle garantit ce droit, en le mettant à l'abri des entreprises du propriétaire de la source.

Ainsi le droit d'user des eaux à volonté est limité par la servitude. Cette limitation peut être plus ou moins étendue; en d'autres termes, le propriétaire de la source peut s'obliger à transmettre aux riverains inférieurs un volume d'eau plus ou moins grand, en ce sens qu'il s'interdit le droit de retenir ce volume d'eau ou de le dériver ou d'en user. Pour déterminer ce volume, il faut naturellement consulter le titre, la destination du père de famille et la possession. C'est l'application du droit commun (art. 686). Mais de nouvelles difficultés s'élèvent sur l'usage que le riverain inférieur peut faire des eaux que le propriétaire de la source est tenu de laisser couler sur son fonds. On demande si le propriétaire du fonds dominant peut user des eaux comme il le veut, pour des fonds autres que celui qui reçoit les eaux, s'il peut les céder à des tiers. Les auteurs répondent qu'il faut appliquer l'article 702, aux termes duquel celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre (1). Il nous semble que la question est mal posée. Le titre n'a pas pour objet de régler les droits que le riverain inférieur aura sur les eaux; ces droits sont déterminés par l'article 644; ils peuvent, il est vrai, être modifiés par les conventions intervenues entre les riverains et par la prescription; mais le propriétaire de la source ne peut pas donner au riverain inférieur un droit

(1) Comparez Demolombe, t. XI, p. 108, n°s 85-88. Duranton, t. V, p. 179, n°s 182 et 184. Proudhon, *Du domaine public* t. IV, n° 1362.

que celui-ci n'a pas en vertu de la loi, des conventions ou de la prescription; et il ne peut pas davantage lui enlever un droit qui lui appartient à l'un de ces titres. En effet, ce n'est pas lui qui concède aux riverains inférieurs le droit de jouir des eaux; il ne leur donne qu'un seul droit, celui d'empêcher le propriétaire de la source de retenir les eaux et d'en user à sa volonté. Voilà l'unique objet du titre, de la destination du père de famille et de la prescription qui règlent les rapports entre le propriétaire inférieur et le propriétaire de la source; quant aux rapports des riverains entre eux, ils sont régis par l'article 644 et par les conventions ou prescriptions qui peuvent modifier la loi. C'est donc plus loin que nous exposerons cette matière, en traitant des droits que les riverains ont sur les eaux courantes.

D'après ces principes, il est facile de déterminer la situation des deux parties, quand il y a titre, destination ou prescription. Le propriétaire du fonds où jaillit la source en reste propriétaire, il conserve donc le droit d'user des eaux, sauf la limitation résultant des diverses causes qui établissent une servitude à charge de son fonds. Peut-il encore faire de nouvelles concessions? La question est encore une fois mal posée; le propriétaire de la source ne fait pas de concession, il s'impose une limitation dans l'usage qu'il a le droit de faire des eaux. S'il ne s'en est pas interdit l'usage d'une manière absolue, il peut restreindre par de nouveaux titres les limites de son droit. Mais il ne peut plus faire de dérivation qui porte atteinte à la servitude qu'il a déjà établie, car, d'après le droit commun, il ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude dont son fonds est débiteur (art. 697). Le propriétaire de la source peut-il s'opposer à ce que le propriétaire du fonds dominant use des eaux comme il l'entend? Nous venons de répondre que cet usage ne touche en rien la servitude, et par conséquent le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit d'y intervenir. Nous dirons plus loin quels sont les droits des riverains. S'il y a conflit entre le droit du propriétaire de la source et le droit de servitude du propriétaire inférieur, le tribunal décidera la contestation, non en vertu du pouvoir

discrétionnaire que lui donne l'article 644 quand il s'agit des rapports entre les riverains, mais d'après les principes qui régissent la propriété et les servitudes. Il y a deux droits réels en présence, dont l'un limite l'autre, mais la limitation résulte des titres; elle ne peut pas être imposée par le juge en vertu d'un pouvoir de conciliation qui ne lui appartient que lorsqu'il s'agit de rapports entre riverains d'une eau courante.

III. *Droit des habitants d'une commune.*

a) *Servitude établie par l'article* 643.

210. Aux termes de l'article 643, « le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. » Quel est le motif de cette restriction que reçoit le droit du propriétaire de la source? Gillet, l'orateur du Tribunat, dit que c'est l'*utilité publique* (1). Le droit de propriété cède toujours devant l'utilité publique; mais il y a une grande différence entre l'expropriation pour cause d'utilité publique et la servitude établie par l'article 643. Quand un propriétaire est exproprié, il est privé de sa propriété; dans l'espèce, le propriétaire de la source conserve son droit; il n'y a que l'usage du droit qui est limité : c'est une servitude que la loi impose au fonds où naît la source. Nous disons que la loi l'impose, c'est une seconde différence. L'expropriation ordinaire est prononcée par les tribunaux, lorsque le propriétaire et l'Etat ne s'entendent pas; il y a donc toujours un contrat, volontaire ou forcé, et quand il est forcé, il y a de nombreuses formalités à suivre. Dans le cas de l'article 643, il n'y a pas de contrat, ni de procédure quelconque. C'est la loi elle-même qui exproprie partiellement le propriétaire de la source en grevant son fonds d'une servitude (2). Le législateur a pensé qu'il était inutile d'exiger le consentement du propriétaire et de prescrire des formes, alors que la cause qui fait établir la servitude est patente. Sen

(1) Gillet, Discours, n° 8 (Locré, t. IV, p. 194).
(2) Demolombe, t. XI p. 115, n° 90.

lement le propriétaire de la source peut contester l'existence de cette cause, c'est-à-dire, il peut soutenir que la source n'est pas nécessaire aux habitants de la commune qui en réclament l'usage. Ceci est une dernière différence entre la servitude légale de l'article 643 et l'expropriation : celle-ci est fondée sur l'*utilité* publique, il n'est pas requis qu'il y ait nécessité, tandis que la servitude de l'article 643 n'existe que si l'eau est *nécessaire*. Il nous faut donc voir quand il y a nécessité dans le sens de la loi.

211. Notons avant tout un principe d'interprétation qui nous servira à résoudre les difficultés que présente l'article 643. Proudhon dit très-bien qu'en fait de servitude, tout est de rigueur, puisque la liberté constitue la règle, le droit commun (1); mais il oublie parfois son principe quand il faudrait l'appliquer. Il faut dire plus, la servitude de l'article 643 est particulièrement exceptionnelle : c'est la loi qui exproprie partiellement le propriétaire de la source. La servitude légale de l'article 643 est donc de stricte interprétation sous un double rapport. D'abord toute servitude est de droit étroit; puis une servitude établie par la loi, malgré le propriétaire, a son unique principe dans la loi; donc on ne peut l'étendre, fût-ce pour raison d'analogie, car l'interprétation analogique conduirait à créer une servitude légale sans loi.

212. Qui peut réclamer la servitude établie par l'article 643? La loi répond : Les habitants d'une commune, village ou hameau. Donc il faut que l'eau soit nécessaire à une communauté d'habitants. Des habitants isolés ne pourraient pas exercer la servitude de prise d'eau. Proudhon, oubliant le principe qu'il vient de poser, enseigne que les habitants d'une seule maison qui se trouverait à l'écart pourraient invoquer le bénéfice de l'article 643, à titre de hameau (2). Il est vrai que la loi ne définit pas le hameau, mais elle dit *les habitants*; elle suppose donc qu'il y en a plusieurs; on n'a jamais donné le nom de hameau à une

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1391, 1°.
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1386. En sens contraire, les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 41, note 27. Arrêt de Limoges du 13 mai 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 174, 2°).

seule habitation. C'est l'utilité *publique* qui a fait établir cette servitude; il faut donc qu'il y ait une communauté intéressée à l'usage de la source; il n'y a pas d'utilité publique là où il n'y a que des intérêts individuels. S'il y avait lieu à contestation, les habitants ne pourraient pas même agir individuellement; c'est la commune qui devrait intenter l'action. Telle est aussi l'opinion générale.

213. Quelle est la nécessité que les habitants d'une commune peuvent invoquer? Est-ce leur consommation personnelle? sont-ce les besoins de l'agriculture et de l'industrie? Il y a quelque doute, d'après les termes de la loi; elle veut que l'eau soit nécessaire aux habitants, sans dire en quoi consiste la nécessité. Il faut donc consulter l'esprit de la loi. La disposition de l'article 643 ne se trouvait pas dans le projet soumis au conseil d'Etat. C'est Regnaud qui proposa de consacrer cette restriction au droit du propriétaire de la source; il la motiva en observant qu'il y avait des villages dont les fontaines et les abreuvoirs publics n'étaient alimentés que par les eaux qui découlent d'un fonds supérieur dont un particulier est propriétaire (1). L'article 643 doit être interprété en ce sens, et par suite il faut limiter la servitude aux habitants, comme le dit le texte, et à leurs bestiaux, l'abreuvage des animaux domestiques étant une nécessité tout aussi pressante pour les habitants des campagnes que leurs besoins personnels. Mais on ne pourrait pas étendre la servitude à l'irrigation des terres ni au roulement des usines. Sans doute l'agriculture et l'industrie sont d'intérêt public; mais celui qui les exerce le fait dans son intérêt privé; or, la loi exige plus qu'un *intérêt*, fût-il général, elle veut qu'il y ait *nécessité* publique, pour que le droit de propriété soit modifié de plein droit. On peut dire que c'est pousser le respect de la propriété trop loin, que de priver une commune des eaux fertilisantes d'une source; mais on ne pourrait aller jusque-là sans changer complétement de système et en posant comme principe que toutes les eaux, même celles

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 6 (Locré, t. IV, p. 165).

des sources, sont un domaine commun; tandis que la loi fait de la source l'objet d'une propriété privée. C'est l'opinion générale, sauf quelques dissentiments (1).

214. Il ne suffit pas que l'eau serve à la consommation des habitants, il faut qu'elle leur soit *nécessaire*. Pardessus pense qu'une utilité bien marquée est suffisante. C'est s'écarter du principe d'interprétation qui domine toute cette matière; la loi exige que les eaux soient *nécessaires* aux habitants d'une commune; donc quelque utiles qu'elles leur soient, si elles ne leur sont pas nécessaires, ils ne peuvent pas en réclamer l'usage. Demolombe, d'après son habitude, commence par poser le principe selon la rigueur du droit; puis il le subordonne au fait, en donnant aux juges le pouvoir d'apprécier, suivant les circonstances, le caractère de la nécessité qui serait invoquée (2). Non, la nécessité n'admet pas de nuance; dès que la nécessité est constante, la servitude existe, et quand il n'y a pas nécessité, il n'y a pas de servitude. On remarque les mêmes incertitudes dans la jurisprudence. La cour d'Aix, tout en constatant qu'il n'y avait pas nécessité, tout en permettant au propriétaire de la source d'user de ses eaux, décida qu'il ne pourrait en changer le cours (3). Cela est contradictoire. S'il n'y a pas nécessité, il n'y a pas de servitude, et s'il n'y a pas de servitude, le propriétaire de la source en peut dériver les eaux, car la servitude consiste précisément, comme le dit l'article 643, dans cette charge, que le propriétaire de la source n'en peut changer le cours. La cour d'Orléans a mieux jugé, d'abord en principe, que l'usage exceptionnel des eaux d'une source, autorisé par l'article 643, a pour condition d'existence, pour justification et pour limite la nécessité; or, l'usage ne peut être déclaré nécessaire qu'autant qu'il n'est pas possible, à raison de la situation des personnes et des lieux, d'y suppléer d'une autre manière. Puis l'arrêt constate, en fait, que les habitants de la commune qui réclamaient l'usage d'une

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 41, notes 28 et 29; et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 176.
(2) Pardessus, t. Ier, p. 334, n° 138. Demolombe, t. XI, p. 119, n° 94.
(3) Aix, 13 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 220).

source pouvaient puiser à des gués publics l'eau qui leur était nécessaire; à la vérité, ces gués, à raison de leur éloignement, étaient beaucoup moins commodes pour les habitants, mais le plus ou moins d'incommodité ne crée pas une nécessité; or, la loi peut bien exproprier le maître de la source du libre usage de sa propriété à raison d'une nécessité publique, mais elle n'a ni pu ni voulu priver le propriétaire de son droit pour la commodité d'autres propriétaires (1).

On demande s'il y a nécessité par cela seul qu'il n'y a pas de puits dans la commune qui réclame l'usage de la source. Il y a un motif de douter. On pourrait dire que les habitants n'ont qu'à creuser des puits pour avoir de l'eau, et que par conséquent il n'y a pas de nécessité. A cela Proudhon répond très-bien que les auteurs du code savaient qu'on pouvait se procurer de l'eau en creusant un puits, qu'ils ont néanmoins établi une servitude dans l'intérêt de ceux qui n'en avaient pas, ce qui décide la question. Il y a plus, la servitude n'aurait plus de raison d'être, si elle n'était créée que pour ceux qui ne peuvent pas avoir de puits, car il y a toujours moyen d'en creuser, avec plus ou moins de frais. La cour de cassation a consacré cette opinion dans une espèce où il existait quelques puits dans la commune, mais de nombreuses habitations en manquaient, ce qui suffisait pour légitimer la servitude (2).

215. A quelles eaux s'applique la servitude établie par l'article 643? Il a été jugé par la cour de cassation qu'il y avait lieu à cette servitude, lorsque les habitants d'une commune puisaient dans un abreuvoir l'eau qui leur était nécessaire (3). D'après cette jurisprudence, il ne serait pas nécessaire que l'eau fût courante; et il faudrait décider, comme le font plusieurs auteurs, que les habitants pourraient réclamer l'usage d'une fontaine, d'une mare, d'un

(1) Orléans, 23 août 1856 (Dalloz, 1858, 2, 108). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 41, notes 30-32, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1387. Arrêt de rejet du 4 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 283).

(3) Arrêt de rejet du 3 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 187).

étang, d'une citerne (1). Proudhon combat cette opinion avec une vivacité extrême. Il invoque d'abord le principe que la servitude de l'article 643 est de stricte interprétation; on doit donc s'en tenir au texte; or, la lettre de la loi ne laisse aucun doute : « Le propriétaire de la *source*, dit l'article 643, ne peut en changer le *cours;* » il faut donc qu'il s'agisse d'une source et que cette source ait un cours, c'est-à-dire qu'elle soit devenue une eau courante; hors des termes de l'exception, nous rentrons dans le droit commun de la liberté. Cela est décisif. Toutefois il y a quelque doute au point de vue de l'esprit de la loi : c'est la nécessité qui crée la servitude, et elle la crée sur une eau qui est une propriété privée; où est la raison de la différence entre la source et l'étang ou la citerne? Proudhon répond que vouloir trouver de l'analogie entre une citerne et un ruisseau, c'est pousser l'aberration à son point extrême. On conçoit que la loi dispose d'une source quand elle est devenue une eau courante; mais l'eau d'une citerne ou d'une mare appartient aussi rigoureusement au propriétaire de la mare ou de la citerne que celle qui est puisée dans la rivière appartient au maître du sol, elle n'est donc plus à la disposition de la loi. L'article 643, continue Proudhon, interdit au propriétaire de la source d'en changer le cours; conçoit-on que la loi défende au propriétaire d'une citerne de détourner un ruisseau qui n'existe pas? Mais l'esprit de la loi! Grande est la différence, répond Proudhon, entre les eaux d'une source qui se renouvellent à chaque instant et une citerne qui s'épuise par l'usage qu'on en fait; on comprend que la loi donne un droit sur la source qui est inépuisable; mais on ne comprend pas que le législateur permette aux habitants d'un village d'épuiser une citerne alors qu'ils peuvent en creuser une.

C'est à Duranton que Proudhon répond avec tant de dureté, en disant qu'il serait difficile d'accumuler plus d'aberrations en si peu de lignes (2), et il faut avouer que, sauf la vivacité de la forme, le reproche est mérité. Nous

(1) Duranton, t. V, p. 186, n° 191. Delvincourt, t. Ier, p. 183. Toullier, t. II, n° 134. Pardessus, t. Ier, n° 138.

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1391.

y insistons, pour nous excuser de ce que, après tant d'auteurs, nous avons osé entreprendre la publication d'un nouveau cours de Principes. C'est que ce sont précisément les principes qui leur manquent. Proudhon ne relève pas même toutes les erreurs commises par Duranton. Celui-ci invoque les articles 545 et 645 à l'appui de son opinion. L'article 545 est relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique, et n'a rien de commun avec la servitude légale établie par l'article 643. Quant à l'article 645, il donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour juger les contestations qui s'élèvent entre les riverains d'un cours d'eau; et dans l'espèce, le débat s'agite entre une commune et le propriétaire d'une source. Voilà comment on mêle et l'on confond les principes les plus étrangers aux questions qu'il s'agit de décider.

Par application de ces principes, il a été jugé que les habitants d'une commune ne peuvent pas réclamer l'usage d'une source qui ne se répand pas en dehors du fonds où elle surgit. Dans l'espèce, l'eau formait une fontaine, renfermée dans un bassin en maçonnerie; il n'y avait pas de cours d'eau extérieur. Donner aux habitants de la commune voisine le droit de puiser l'eau à cette fontaine, c'eût été dénaturer entièrement la servitude créée par la loi. Le code suppose que les habitants se servent de l'eau à son passage, donc sur leurs fonds, tandis que la fontaine se trouvant dans le fonds supérieur, les habitants auraient dû y pénétrer et y conduire leurs bestiaux. Qu'on lise l'article 643, et que l'on décide si c'est là la servitude que le législateur définit et limite en disant que le propriétaire de la source ne peut en changer le cours? Ce serait créer une nouvelle servitude, et les juges n'ont pas ce droit-là (1).

216. Les principes que le code civil établit sur les sources s'appliquent-ils aux eaux thermales? Il a été jugé que l'article 643 ne s'applique pas à des veines souterraines et ignorées, sur lesquelles nul n'a de droit avant que le propriétaire du sol, en le creusant, les ait découvertes et fait surgir. C'est dire que les sources thermales restent

(1) Dijon, 9 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

sous l'empire du droit commun. Le même arrêt décide qu'aucune loi n'interdit les fouilles et les recherches, dans les terrains voisins des eaux thermales, par les propriétaires desdits terrains (1). Pour mettre les eaux thermales à l'abri des entreprises des propriétaires voisins, la cour de Montpellier avait appliqué l'article 643, même aux veines alimentaires de ces eaux; cela supposait d'abord que la nécessité exigée par la loi comprend l'utilité médicale, ce qui est très-contestable; cela impliquait encore que les communes ont, en vertu de l'article 643, un droit sur les veines alimentaires des sources qui leur sont nécessaires, et nous dirons plus loin que la doctrine et la jurisprudence repoussent cette interprétation; enfin la cour avait étendu aux propriétaires des terrains où se trouvent les veines alimentaires des eaux thermales, la servitude que la loi impose au propriétaire du fonds où jaillit la source, ce qui était contraire au texte et à l'esprit du code. La cour de Montpellier faisait la loi. Il y avait une lacune dans le code civil, elle a été comblée en France par la loi du 14 juillet 1856. Cette loi permet de déclarer d'intérêt public les sources d'eaux minérales; lorsque la déclaration a été faite, il en résulte une servitude au profit des eaux thermales sur les fonds voisins. C'est ce que la loi appelle un périmètre de protection; aucun sondage, aucun travail souterrain ne peuvent être pratiqués dans ce périmètre sans une autorisation préalable (2).

b) *Droit des habitants de la commune.*

217. Quel droit la servitude donne-t-elle aux habitants en faveur desquels elle est établie? Le texte de l'article 643 répond à notre question; il dit en quoi consiste la servitude : « Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours. » Cela suppose que la source est devenue une eau courante dont les habitants ont le droit de se servir, comme riverains. D'après le droit commun, cet usage serait pré-

(1) Arrêt de cassation du 4 décembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 305).
(2) Voyez la loi avec l'exposé des motifs et le rapport, dans Dalloz, 1856, 4, 85.

caire, puisqu'il dépend toujours du propriétaire de la source de retenir les eaux ou de les dériver. Ce droit, il ne l'a plus quand les eaux sont nécessaires aux habitants d'une commune. La servitude de l'article 643, de même que celle qui peut être constituée par titre ou par prescription, a donc pour objet d'empêcher le propriétaire de la source d'en user à sa volonté, comme le lui permet en principe l'article 641. Il suit de là que les habitants ont seulement le droit d'user des eaux à leur passage, d'après le droit commun consacré par l'article 644, avec cette différence néanmoins qu'ils ne doivent pas être riverains pour s'en servir, puisque l'article 643 affecte ces eaux à l'usage de tous. Cela regarde les rapports des habitants entre eux; pour le moment, nous examinons quels sont leurs rapports avec le propriétaire de la source. Ils peuvent s'opposer à ce que celui-ci change le cours de la source : tel est le seul droit que l'article 643 leur accorde.

218. On demande si les habitants ont le droit de passage, de puisage et d'aqueduc ; c'est-à-dire peuvent-ils passer sur le fonds du propriétaire à qui appartient la source pour puiser l'eau qui leur est nécessaire? peuvent-ils y construire un aqueduc pour amener les eaux dans leur commune? La négative est généralement admise, et si l'on s'en tient au texte de l'article 643, on comprend à peine que la question ait été soulevée (1). Il s'agit de restreindre le droit de propriété du maître de la source. Ce droit est, en principe, absolu, d'après l'article 545 et d'après l'article 641 ; les restrictions que l'article 643 y apporte sont donc de la plus étroite interprétation. Proudhon, qui établit ce principe, l'oublie dans l'espèce. Il accorde aux habitants le droit de passage, s'ils ne peuvent profiter des eaux sans pénétrer dans le fonds où la source se trouve. L'eau ne peut être prise que là où elle est, dit-il. Cela suppose que l'eau n'a pas de cours hors du fonds où la source prend naissance. S'il en est ainsi, il n'y a pas lieu à la servitude de l'article 643. Proudhon lui-même dit plus

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 42, et notes 35 et 36 et les autorités qui y sont citées. En sens contraire, Proudhon, *Du domaine public*, nos 1381 et 1382 ; comparez le no 1391.

loin que cette servitude consiste seulement à interdire au propriétaire de la source d'en changer le cours, lorsque le ruisseau porte le tribut de ses eaux vers un village auquel elles sont nécessaires. C'est ce dernier principe qui est le vrai, puisqu'il est consacré par le code civil. Il faut donc dire que si la source n'a pas de cours hors du fonds où elle surgit, il n'y a pas de servitude; que si elle devient une eau courante, les habitants de la commune doivent la prendre telle que la nature la leur donne, sauf à faire sur leur territoire les travaux nécessaires pour profiter de ses bienfaits. Leur donner un droit quelconque sur le fonds où naît la source, ce serait, comme le dit très-bien la cour de cassation, substituer à une servitude, dont l'objet spécial est clairement défini, une servitude distincte et nouvelle qui en différerait essentiellement(1). L'interprète n'a pas ce droit-là : il ne peut pas y avoir de servitude légale sans loi.

219. L'article 643 ne met en présence que les habitants de la commune auxquels les eaux sont nécessaires et le propriétaire du fonds où naît la source. Il peut y avoir d'autres intéressés. La source devient une eau courante; elle passe par les fonds des riverains avant d'arriver à la commune qui en a besoin; est-ce que les riverains peuvent user des eaux au préjudice des habitants de la commune? ou ne peuvent-ils en user qu'à charge de transmettre aux habitants l'eau qui leur est nécessaire? Il a été jugé par la cour de cassation que l'article 643, qui interdit au propriétaire de la source d'en changer le cours, s'applique nécessairement au propriétaire intermédiaire dont l'héritage est traversé par les eaux de cette source. On ne saurait admettre, dit la cour, que le riverain qui a sur les eaux un droit moins étendu que celui du propriétaire dans le fonds duquel la source prend naissance, soit affranchi de l'obligation que la loi impose à ce dernier dans l'intérêt d'une communauté d'habitants. Si cet intérêt a été reconnu assez considérable pour faire fléchir le droit du propriétaire de la source, il doit, à plus forte raison, limiter le

(1) Arrêt de cassation du 5 juillet 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280) et, sur renvoi, Agen, 31 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 101). Comparez Dijon, 9 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

simple droit d'usage des riverains. Conçoit-on, dit le conseiller rapporteur, que l'intérêt de la commune qui prévaut sur le droit du propriétaire ne prévale pas sur un autre droit bien moindre, celui des riverains (1)?

Posée dans ces termes, la question nous paraît très-douteuse. On ne raisonne pas par argument *a fortiori* en matière de servitude, où tout est de droit étroit. C'est le principe, tel que la cour de cassation elle-même l'a formulé. M. Mesnard, le conseiller rapporteur, a prévu l'objection, mais pour y répondre il est obligé de dévier du principe. « Les dispositions de l'article 643, dit-il, ne doivent pas être entendues dans un sens trop étroit, et il ne faut pas en restreindre l'application au seul cas où l'intérêt des habitants d'une commune se trouve aux prises avec l'intérêt particulier du propriétaire dans le fonds duquel la source prend naissance. » La réponse à cette argumentation est très-simple. C'est la loi qui restreint le droit de la commune, en ne lui donnant une servitude que sur le fonds où la source naît. La question, telle que la cour de cassation l'a posée, consiste donc à savoir si la servitude qui grève le fonds où naît la source peut être étendue aux fonds par lesquels coule la source devenue eau courante. Etendre une servitude, c'est la créer ; faut-il répéter, avec la cour de cassation elle-même, que ce droit n'appartient pas à l'interprète?

Peut-être pourrait-on justifier la décision de la cour de cassation en plaçant la question sur un autre terrain. Les riverains par les fonds desquels la source passe, lorsqu'elle est devenue eau courante, n'ont pas de droit absolu sur ces eaux; loin de là, leur jouissance est précaire, tant qu'ils n'ont ni titre ni prescription ; à leur égard, le propriétaire de la source reste libre d'en détourner le cours, et d'absorber même les eaux. Tandis que la commune a un droit que l'on peut comparer à celui qui résulterait d'un titre. Son droit est un droit réel, puisque c'est une servitude ; en vertu de ce droit réel, elle doit l'emporter sur

(1) Arrêt de rejet du 15 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 57). Dans le même sens, Nancy, 29 avril 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 186).

les riverains qui n'ont aucun droit. Les riverains ne pourraient certes pas opposer leur droit au propriétaire de la source; ils ne peuvent pas davantage l'opposer à la commune qui, elle, a un droit contre le propriétaire de la source. Ayant un droit sur les eaux, elle doit pouvoir l'opposer à tous ceux qui n'en ont pas, et les riverains n'en ont pas. Cela est décisif en faveur de la commune. Dans cet ordre d'idées, la commune ne réclame pas une servitude sur les fonds des riverains, elle écarte les riverains comme étant sans droit.

220. La commune peut-elle opposer son droit au propriétaire du fonds où se trouvent les veines alimentaires de la source? On comprend l'intérêt de la question. Le propriétaire peut faire dans son fonds telles fouilles qu'il veut, pour y chercher une source ou dans tout autre but. Il coupe par là les veines de la source qui alimente la commune. A-t-il ce droit? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, la commune n'a de droit sur les eaux qu'en vertu de l'article 643; or, cet article limite seulement la propriété de celui qui a une source dans son fonds, en lui interdisant d'en changer le cours. La loi ne limite pas le droit de propriété des propriétaires supérieurs; donc leur droit reste entier. Proudhon, oubliant encore une fois son principe, enseigne que le propriétaire du fonds où se trouvent les veines alimentaires d'une source nécessaire aux habitants d'une commune, n'a pas le droit d'intercepter les eaux : la loi, dit-il, serait en contradiction avec elle-même, si elle autorisait le propriétaire supérieur à priver la commune de l'usage des eaux qu'elle lui donne le droit d'exiger (1). Sans doute elle aurait dû porter plus loin sa prévoyance, mais elle ne l'a pas fait, et il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune en créant une nouvelle servitude. Car la servitude serait réellement distincte de celle que le code a consacrée : celle-ci est établie sur le fonds où naît la source et elle interdit au propriétaire d'en détourner le cours; celle que Proudhon admet grèverait

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nº 1547. En sens contraire, Aubry et Rau (t. III, p. 42 et note 34) et les autorités qu'ils citent.

tous les héritages voisins en défendant aux propriétaires d'y faire des fouilles. Ce serait appliquer à la servitude de l'article 643 ce que le législateur français a fait pour la protection des eaux thermales. Il est évident qu'il faudrait une loi pour cela. La cour de cassation l'a décidé ainsi : l'arrêt porte que l'on ne peut arbitrairement étendre la disposition de l'article 643 à un cas qu'elle n'a pas prévu (1). Le principe est incontestable, mais la cour de cassation ne l'a-t-elle pas oublié parfois comme Proudhon? Nous venons de le constater, et si nous le faisons, c'est uniquement pour appeler l'attention de nos jeunes lecteurs sur l'étude des principes. Ce sera la justification de notre travail si nous parvenons à réaliser notre plan.

c) *Droit du propriétaire de la source.*

221. L'article 643 dit que le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité, laquelle est fixée par experts. Quand il s'agit d'expropriation, l'indemnité est de droit commun; mais la loi n'accorde pas, en général, une indemnité pour les servitudes dites naturelles ou légales. Pourquoi le code veut-il que le propriétaire de la source soit indemnisé? C'est qu'il y a ici une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le maître du fonds reste, à la vérité, propriétaire, mais il n'a plus le droit de retenir les eaux, ni partant celui d'en user à volonté; étant privé d'une partie de sa propriété, il est juste qu'il reçoive une indemnité. D'après le droit commun, l'indemnité doit être payée avant que l'expropriation soit consommée. Dans le cas prévu par l'article 643, la loi commence par limiter le droit du propriétaire, puis elle ajoute qu'il pourra réclamer une indemnité; c'est qu'il y a plus qu'utilité dans l'espèce, il y a nécessité; les besoins de la commune doivent être satisfaits dès qu'ils existent, ils ne comportent aucun délai, l'eau étant un élément de vie aussi indispensable que l'air.

(1) Arrêts de rejet du 29 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 183, 1°) et du 26 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 759).

Quelle est la base de l'indemnité? Il faut appliquer le principe de droit commun. On enlève au propriétaire une partie de sa propriété; il doit être indemnisé de cette perte. Ainsi on ne prend pas en considération l'avantage que l'eau procure à la commune ; celui-là peut être inappréciable. En matière d'expropriation, on estime la valeur vénale de la chose. Les experts feront de même dans le cas de l'article 643; ils estimeront ce que vaut le droit illimité d'user des eaux de la source, et ce que le fonds vaudra de moins, quand le droit absolu du propriétaire sera limité (1).

222. L'article 643 dit que l'indemnité ne sera due que si les habitants n'ont pas *acquis* ou *prescrit* l'usage des eaux. Par le mot *acquis*, la loi entend le *titre* qui avec la *prescription* forment le droit commun en cette matière. S'il y a un titre, le titre réglera les conditions sous lesquelles le propriétaire de la source a renoncé à son droit absolu de propriété. S'il y a prescription, il ne peut être question d'indemnité, car la prescription implique le consentement du propriétaire de la source à ce que les habitants jouissent des eaux. Qu'est-ce donc que la *prescription de l'usage des eaux*, dont parle l'article 643? A s'en tenir au texte, il s'agirait d'une prescription acquisitive; mais si l'on entend ainsi la loi, elle est ou inutile, ou en opposition avec le principe même sur lequel elle repose. Inutile, en ce sens que le mot *acquis* implique déjà la prescription, car on acquiert par prescription aussi bien que par titre, d'après l'article 641 qui se sert du même mot *acquis*. Contradictoire : si la *prescription de l'usage des eaux* est une prescription acquisitive, il en résultera que la commune devra acquérir le droit aux eaux par une longue possession, tandis que l'article 643 dit que « le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire; » c'est donc la loi qui établit cette servitude au profit des habitants, et c'est seulement après l'avoir établie qu'elle ajoute que le propriétaire peut réclamer une

(1) Demolombe, t. XI, p. 121, n° 97. Aubry et Rau, t. III, p. 42, n° 37.

indemnité. Si la servitude est légale, il est contradictoire d'exiger que les habitants acquièrent l'usage des eaux par une longue possession. La servitude existe de plein droit. Reste à payer l'indemnité que le propriétaire de la source peut réclamer. C'est là une créance ordinaire qui se prescrit par le laps ordinaire de trente ans. Nous aboutissons à cette conclusion que la prescription dont parle l'article 643 est une prescription libératoire, extinctive. A partir de quel moment court-elle? Dès l'instant où la commune use ou déclare vouloir user de la servitude que la loi établit en sa faveur, le droit à l'indemnité existe, le propriétaire de la source la peut réclamer, et par suite la commune la peut prescrire.

Telle est l'opinion presque générale. Il y a quelque doute parce que le texte de la loi est formel; il exige une prescription acquisitive. Aussi s'est-il trouvé des interprètes qui ont pris le texte au pied de la lettre, et qui ont essayé de concilier la fin de l'article 643, qui parle d'une prescription à l'effet d'acquérir l'usage de la source, avec le commencement, qui accorde de plein droit l'usage des eaux aux habitants de la commune quand ils en ont besoin. On nie que la commune ait le droit d'user des eaux de la source, par cela seul et dès l'instant que les eaux lui sont nécessaires. La loi, dit-on, n'attribue aux habitants que le droit d'acquérir l'usage des eaux au moyen d'une expropriation qu'elle leur permet d'imposer au propriétaire de la source. De là suit que l'expropriation, et partant le droit aux eaux, n'existe qu'à partir du moment où ils ont déclaré au propriétaire de la source l'intention où ils sont de profiter du bénéfice de la loi. Que s'ils ne font aucune notification au propriétaire de la source, s'ils usent de fait des eaux, il n'y a pas d'expropriation, partant pas de droit aux eaux. Ils n'acquerront en ce cas de droit aux eaux que s'ils exécutent des ouvrages apparents dans l'intention de s'approprier l'usage des eaux de la source, et ils l'acquerront sans indemnité. La pensée de la loi est donc celle-ci : les habitants d'une commune peuvent acquérir le droit aux eaux par titre ou par prescription, d'après le

droit commun; ils peuvent aussi l'acquérir par expropriation en payant une indemnité (1).

L'explication nous paraît peu satisfaisante. Elle méconnaît le caractère de la servitude établie par l'article 643. C'est une servitude d'utilité publique qui a son principe et sa justification dans la nécessité. Elle existe de plein droit, et sans notification aucune; tout ce que l'on dit d'une déclaration de volonté et d'une expropriation est de pure invention, la loi ne connaît ni le mot ni la chose. Et rien de plus naturel. Il y a des besoins urgents à satisfaire, il faut donc que le droit naisse au moment même où naissent les besoins. Ainsi l'interprétation que nous combattons introduit dans la loi une idée qui lui est étrangère. Et en définitive l'explication n'explique rien : la seule difficulté que présente l'article 643 est une difficulté de texte, et elle subsiste. En effet, à la fin de l'article il est parlé d'une prescription acquisitive. On demande à quoi bon? n'est-ce pas le droit commun en vertu de l'article 641? et pourquoi répéter dans l'article 643 ce qui se trouve déjà dit dans les articles précédents? C'est à propos de l'indemnité que la loi parle de prescription. Or, le droit à l'indemnité se prescrit par une prescription extinctive et non par une prescription acquisitive. Il y a au titre des *Servitudes* une disposition tout à fait analogue. Le propriétaire d'un fonds enclavé a une servitude de passage, à charge de payer une indemnité; voilà une servitude légale, qui existe de plein droit, même malgré le propriétaire du fonds sur lequel elle s'exerce. Mais celui-ci a droit à une indemnité; cette indemnité est prescriptible, dit l'article 685. Faut-il pour cette prescription une possession de la servitude? S'agit-il d'une prescription acquisitive? Non, le code dit formellement que c'est l'*action en indemnité* qui est prescriptible. Donc la prescription est extinctive. Pourquoi serait-elle acquisitive dans un cas identique, celui de l'ar-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 757 et suiv., d'après Valette. Comparez Proudhon, t. IV, n° 1388. En sens contraire, tous les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. III, p. 43, note 39. Il y a, en faveur de l'opinion de Proudhon, un jugement du tribunal de Grasse du 24 janvier 1844 (Dalloz, 1846, 2, 223)

ticle 643? La où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision.

N° 2. DES EAUX PLUVIALES.

I. *Propriété des eaux pluviales.*

223. Le code civil ne parle pas des eaux pluviales, sauf pour dire que le propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique. Cette lacune a donné lieu à de grandes difficultés. On lit dans un arrêt de la cour de Liége que le code ne renfermant aucune disposition sur le cours des eaux pluviales, il faut consulter les lois et la jurisprudence anciennes, et notamment le droit romain (1). Nous allons voir que le droit ancien n'a pas empêché d'interminables controverses.

Il y a un principe sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les eaux pluviales appartiennent au premier occupant. Il est certain qu'au moment où elles tombent du ciel, elles ne sont à personne ; c'est un élément de la nature qui se confond avec les airs et les nuages ; mais dès l'instant où elles sont tombées, elles deviennent l'objet d'une appropriation. Les eaux pluviales qui se trouvent sur mon fonds m'appartiennent certainement ; reste à savoir en vertu de quel titre. On dit que c'est par droit d'occupation (2). Il nous semble qu'il serait plus juste de dire que les eaux appartiennent au propriétaire du terrain sur lequel elles tombent, par droit d'accession. L'occupation suppose une prise de possession ; or, faut-il que je pose un fait quelconque pour devenir propriétaire des eaux pluviales qui couvrent mon fonds? Non, certes ; j'en suis propriétaire par cela seul qu'elles se trouvent sur ma propriété, en vertu du principe général de l'accession : « La propriété du sol, dit l'article 552, emporte la propriété du dessus et du dessous. »

(1) Liége, 31 janvier 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 36).
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1299. Comparez les arrêts de Caen du 26 février 1844 (Dalloz, 1845, 4, 479) et de Dijon du 17 juin 1864 (Dalloz, 1865, 2, 97).

224. Il suit de là que les eaux pluviales sont l'objet d'une propriété absolue. Sous ce rapport, on peut les comparer aux sources qui jaillissent dans un fonds : que l'eau sorte d'un fonds, ou qu'elle s'y infiltre ou qu'elle le couvre, toujours est-il qu'elle se confond avec le sol, elle appartient donc au maître du sol au même titre que le sol ; c'est dire qu'il en a la propriété pleine et entière. Il faut donc appliquer aux eaux pluviales ce que nous avons dit de la propriété des sources. Le propriétaire les peut absorber en usages agricoles, industriels ou de simple agrément, il peut les dériver; alors même qu'il les aurait laissées couler pendant un temps immémorial sur le fonds inférieur, il peut toujours les retenir pour en user à sa volonté (1).

225. Cela n'est guère contesté quand il s'agit d'eaux pluviales qui tombent sur une propriété privée. Il y a cependant un arrêt de la cour de Gand qui paraît avoir décidé le contraire. La décision est formulée comme suit par l'arrêtiste : « Le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas changer à son gré la direction naturelle de l'écoulement, sans utilité réelle pour son fonds et au préjudice du fonds inférieur que ces eaux servaient à irriguer (2). » Si tel était le sens de l'arrêt, il faudrait dire qu'il est contraire aux principes les plus élémentaires qui régissent la propriété. Le propriétaire fait de sa chose ce qu'il veut, il peut n'en pas user; sera-ce une raison pour que d'autres s'en emparent sous prétexte qu'elle est inutile à son maître? Sans doute, le législateur aurait pu établir d'autres principes pour les eaux que la nature a destinées à l'usage de tous. Mais il ne l'a pas fait. Dès lors nous restons sous l'empire de l'article 544; le propriétaire des eaux pluviales, comme le propriétaire d'une source, a le droit d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue. Cela a été jugé ainsi pour les sources, et cela ne peut pas être sérieusement contesté (n° 188). Mais a-t-on bien rendu le sens de l'arrêt de Gand? Il est vrai que la cour constate que c'est

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1330.
(2) Gand, 27 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 233).

sans utilité pour le fonds supérieur que la direction naturelle des eaux a été changée et au préjudice du fonds inférieur; puis elle pose en principe que le propriétaire ne peut changer le cours des eaux sans utilité pour lui et au préjudice d'un propriétaire inférieur; mais elle a soin d'ajouter le motif de cette décision : « puisque, dit l'arrêt, il est interdit d'agir dans le seul but de nuire à autrui. » Voilà le motif déterminant de l'arrêt; c'est celui qu'Ulpien donnait pour les sources (n° 188), et ce n'est que l'application des principes généraux de droit. Quelque absolu que soit le droit de propriété, il reçoit ses limites, et l'une de ces limites est cette maxime que la conscience proclame et que toutes les législations consacrent : le dol fait exception, alors même que la loi ne l'écrit pas dans ses textes. On répond toujours de son dol, c'est dire que personne ne peut user de son droit dans le seul but de nuire à autrui. Ainsi entendue, la décision de la cour de Gand est très-juridique.

226. Que faut-il décider des eaux pluviales qui tombent sur la voie publique? Tout le monde admet que les riverains peuvent les dériver sur leurs fonds, comme n'appartenant à personne et par droit d'occupation (1). Cela ne nous paraît pas tout à fait exact. Les eaux pluviales se confondent avec le fonds sur lequel elles tombent; celles qui tombent sur la voie publique deviennent un accessoire de la rue, ou du chemin sur lequel elles se trouvent. Or, les rues et les chemins sont une dépendance du domaine public de l'Etat, des provinces ou des communes; donc les eaux pluviales aussi entrent dans le domaine public. Cela est très-singulier, mais la rigueur des principes le veut ainsi. Il y a toutefois une différence entre la voie publique et les eaux qui la couvrent; la voie publique est destinée à la circulation, à ce titre elle est hors du commerce; tandis que les eaux nuisent au contraire à la circulation, il importe donc de les dériver; c'est à l'administration qui est chargée de la voirie à veiller à ce que les eaux n'en-

(1) Liége, 31 janvier 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 35). L. 1, § 21, D., *de aqua et aquæ pluv. arc.* (XXXIX, 3). Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 44, note 4.

combrent pas les voies de communication; elle peut donc permettre aux riverains de les dériver sur leurs fonds. D'ordinaire cette permission est tacite, et cela suffit. Si donc les riverains peuvent occuper les eaux pluviales qui découlent des chemins, c'est en vertu d'une autorisation tacite de l'administration, et non par droit d'occupation.

De là suit que l'administration peut concéder l'usage de ces eaux à l'un des riverains, en stipulant un prix pour cette concession. On a contesté ce droit à l'administration, mais sans bonne raison. Les eaux sont *res nullius*, dit-on; donc elles appartiennent au premier occupant (2). Oui, si les riverains veulent occuper les eaux dans les nuages, ils le peuvent; mais du moment qu'elles tombent sur un fonds quelconque, le droit d'occupation cesse parce que les eaux accèdent au sol. Alors même que l'on admettrait ce droit d'occupation, les riverains n'en seraient pas plus avancés. En effet, la commune aussi, la province et l'Etat ne peuvent-ils pas exercer le droit d'occupation? Or, ils l'exercent en concédant l'usage des eaux. Rien de plus légitime; chargé de l'entretien des voies de communication, l'Etat a le droit et le devoir de veiller à l'écoulement des eaux. C'est donc à lui de voir quel est le meilleur moyen d'atteindre le but. S'il peut se procurer un revenu, tout en obtenant la dérivation des eaux, qui pourrait lui contester ce pouvoir?

227. Du principe que les riverains d'une voie publique acquièrent les eaux pluviales, non par droit d'occupation, mais par voie d'autorisation, suit qu'ils n'y ont pas un vrai droit de propriété, car les concessions de tout ce qui touche au domaine public sont essentiellement révocables. L'Etat peut disposer du terrain qui forme la route, lorsque la route est supprimée; dès cet instant cessent aussi les concessions qu'il a faites. Donc si par suite de travaux publics exécutés par le gouvernement, les riverains perdent l'usage des eaux pluviales qu'ils avaient dérivées avec la permission tacite de l'administration, ils ne peuvent pas

(1) Demolombe, t. XI, p. 142, nº 116. Duranton, t. V, nº 159, p. 155. En sens contraire, Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nºs 1336-1338. Aubry et Rau, t. III, p. 44 et note 5, et les autorités qui y sont citées.

réclamer d'indemnité; par suite cet usage précaire des eaux n'est pas pris en considération pour évaluer le montant de l'indemnité à laquelle les riverains ont droit en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Il n'en serait pas de même si, par des travaux publics, les riverains expropriés d'une partie de leurs fonds étaient privés de la jouissance des eaux qui découlaient sur leurs fonds, pour la partie de la propriété qui leur reste; il y aurait lieu de les indemniser de ce chef (1).

228. Nous disons que le droit aux eaux pluviales qui tombent sur une propriété privée sont l'objet d'une propriété absolue. Cela n'est guère douteux si les eaux sont absorbées par le fonds ou autrement employées par le propriétaire. Mais lorsque les eaux pluviales découlent du fonds supérieur sur le fonds inférieur, naît la question de savoir s'il faut appliquer aux eaux pluviales les principes qui régissent les eaux courantes. Il est certain que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux pluviales qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 640). Nous reviendrons sur ce point en traitant des servitudes qui concernent les eaux. Faut-il aussi appliquer aux eaux pluviales le principe établi par l'article 644 et par suite l'article 645? L'article 644 suppose une eau courante qui borde un héritage ou qui le traverse. Aussi longtemps que les eaux pluviales ne forment pas de ruisseau, il ne peut pas s'agir d'appliquer des dispositions qui impliquent l'existence d'un ruisseau. A qui donc appartiendront les eaux pluviales? Il faut dire qu'elles conserveront leur nature d'eaux pluviales en ce sens que si celui sur le fonds duquel elles sont tombées les laisse couler, le propriétaire inférieur pourra s'en emparer, également à titre d'accessoire de son sol, car du moment qu'elles quittent un fonds, elles cessent d'être l'accessoire de ce fonds pour accéder au fonds sur lequel elles se répandent. Ce n'est pas à dire qu'il acquière un droit à l'écoulement des eaux; nous dirons plus loin à quelles conditions il acquerra ce droit. Le propriétaire supérieur peut toujours retenir les

(1) Liége, 13 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 184).

eaux, tant que le propriétaire inférieur n'a ni titre ni prescription. Nous disons à dessein le *propriétaire* inférieur, et non *les riverains*, car il ne peut être question de riverains tant qu'il n'y a pas de rivière.

Mais quand les eaux pluviales forment un ruisseau, naît la question de savoir si les articles 644 et 645 sont applicables. Nous n'hésitons pas un instant à répondre affirmativement. L'article 644 est conçu dans les termes les plus généraux; il s'applique à toute « eau courante autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public, » sans distinguer si elle provient d'une source, de la fonte des neiges ou d'eaux pluviales. Et il n'y avait pas lieu de distinguer. Qu'importe comment un cours d'eau se forme? C'est l'œuvre de la nature, et dès que c'est l'œuvre de la nature, il doit profiter à tous les riverains, parce que la nature destine les eaux courantes à tous, et la loi consacre le vœu de la nature. Où serait la raison de différence entre les ruisseaux formés d'eaux de source ou de neige et les ruisseaux formés d'eaux pluviales? est-ce que par hasard l'eau serait un élément différent selon qu'elle sort des profondeurs de la terre ou qu'elle tombe sur le sol, selon qu'elle tombe sous forme de neige ou sous forme de pluie?

Il y a un arrêt de la cour de Gand en faveur de notre opinion (1); la jurisprudence et la doctrine françaises sont contraires (2). On dit que l'article 644 ne concerne que les eaux vives. C'est une allégation, mais où est la preuve? Certes pas dans le texte qui n'exige qu'une seule chose, c'est qu'il y ait un cours d'eau; et l'esprit est aussi général que le texte. Serait-ce parce que les eaux pluviales n'ont pas un cours continu? Eh! qu'importe? Est-ce que les sources coulent toujours? est-ce qu'il n'y a pas des ruisseaux à sec dans les grandes sécheresses? Quand il n'y a pas d'eaux, les riverains ne s'en disputeront pas l'usage; ce qui ne les empêchera pas de s'en emparer dès qu'elles reparaîtront. Dira-t-on que les eaux pluviales, même deve-

(1) Gand, 7 juillet 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 273).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 46 et note 1, et les autorités qu'ils citent. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 337, 1° et 2°.

nues eaux courantes, restent une propriété absolue? Oui, en ce sens que le propriétaire des fonds sur lesquels elles tombent peut les retenir, les absorber, alors même qu'il les aurait laissées couler, alors même qu'elles auraient formé une eau courante. Mais là n'est pas la question. De fait, elles forment une eau courante : faut-il appliquer les articles 644 et 645? Pour répondre oui, il suffit de lire le texte de la loi.

II. *Droits des propriétaires inférieurs.*

a) *Eaux qui tombent sur une propriété privée.*

229. Les eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé appartiennent au propriétaire du fonds au même titre que les sources qui y prennent naissance. Ce principe est admis par tout le monde. Il conduit à cette conséquence que les dispositions des articles 641 et 642 sont applicables, par analogie, aux eaux pluviales, en ce qui concerne les droits que les riverains inférieurs peuvent acquérir sur les eaux de la source. Il y a cependant une différence que nous avons déjà signalée en passant, et sur laquelle il faut insister. La source est une eau courante tant qu'elle est dans le fonds où elle surgit, elle appartient exclusivement au propriétaire de ce fonds; dès qu'elle sort de ce fonds, elle tombe sous l'application de l'article 644, elle appartient alors, en un certain sens, aux riverains. Il n'en est pas de même des eaux pluviales. Si le maître du fonds sur lequel elles tombent ne les utilise pas, elles couleront sur les fonds inférieurs, sans qu'elles forment nécessairement un ruisseau; elles conservent donc leur caractère d'eaux pluviales. De là résultent des différences entre les droits des propriétaires inférieurs, selon que les eaux qu'ils reçoivent sont des eaux pluviales ou des eaux de source. Dans notre opinion, le maître de la source n'en peut pas disposer hors de son fonds, parce qu'elle cesse alors d'être une source pour devenir une eau courante, et le maître de la source ne peut pas disposer

d'une eau courante dont la loi attribue l'usage aux riverains. On ne peut pas faire cette objection à celui qui le premier reçoit les eaux pluviales; s'il les laisse couler sur les fonds inférieurs, cela ne les empêchera pas de rester des eaux pluviales jusqu'à ce qu'elles forment un ruisseau; il n'est donc pas arrêté dans son droit de disposition par l'article 644, qui n'est pas applicable tant qu'il n'y a pas d'eau courante. Donc il peut disposer des eaux comme il l'entend. En ce sens, son pouvoir est plus absolu que celui du propriétaire d'une source.

Mais d'un autre côté le propriétaire inférieur sur le fonds duquel coulent les eaux pluviales a des droits plus étendus que ceux que l'article 644 donne aux riverains d'un ruisseau. Le droit de ceux-ci est limité par le droit égal des coriverains ou des riverains inférieurs. Pour les eaux pluviales, il n'y a pas de riverains, puisqu'il n'y a pas de ruisseau. Que deviennent-elles donc au sortir du fonds sur lequel elles sont d'abord tombées? Au fur et à mesure qu'elles se répandent sur un fonds inférieur, elles accèdent au sol et appartiennent par conséquent au maître du terrain qu'elles couvrent. Sa propriété est tout aussi absolue que celle du propriétaire supérieur, car elle est fondée sur le même principe, le droit d'accession; il peut donc également disposer des eaux qu'il reçoit (1). Est-ce à dire qu'il puisse s'opposer à ce que le propriétaire sur le fonds duquel elles sont d'abord tombées les retienne, les absorbe ou les dérive? Non certes. Car celui-ci conserve son droit sur les eaux qui tomberont, il en reste le propriétaire absolu, libre d'en user à volonté, aussi longtemps que le propriétaire inférieur n'a pas acquis un droit sur les eaux, c'est-à-dire tant que le fonds supérieur n'aura pas été grevé d'une servitude qui mette obstacle au libre usage des eaux, en l'assujettissant à la charge de les laisser couler sur le fonds inférieur.

230. Comment les propriétaires inférieurs peuvent-ils acquérir cette servitude sur le fonds où tombent les eaux

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 43 et note 3. Demolombe, t. XI, p. 129, n° 105

pluviales? L'article 641 répond : par titre ou par prescription. Il y faut ajouter la destination du père de famille, comme nous l'avons fait pour les sources (n° 195). Quant au titre, il n'y a aucune difficulté, puisque la restriction que l'article 643 impose au propriétaire de la source n'existe pas pour le propriétaire des eaux pluviales; il a donc un pouvoir absolu d'en disposer par un titre quelconque. Ces conventions établissant une servitude sont par cela même d'étroite interprétation. Ce sont des limitations à la propriété absolue du maître des eaux pluviales, mais les restrictions laissent subsister le droit, en tant qu'il n'y est pas dérogé. La cour de Limoges a fait l'application de ces principes à une espèce singulière. Le propriétaire de deux prés contigus les vend à deux personnes différentes, et il impose à ses acquéreurs, dans les contrats de vente, un règlement ayant pour objet de répartir entre eux l'usage des eaux pluviales découlant des fonds supérieurs. Puis il achète un de ces fonds. Pour l'irriguer il détourne les eaux qui découlaient auparavant sur les deux fonds inférieurs. L'un des propriétaires inférieurs demande la suppression du barrage. Il fut jugé que le propriétaire supérieur a toujours le droit de retenir les eaux pluviales et de les détourner à son profit, sans qu'on puisse lui opposer la jouissance qu'avaient eue les propriétaires inférieurs, parce que cette jouissance seule ne leur donne aucun droit. Quant aux conventions intervenues entre les parties, elles réglaient seulement l'usage des eaux que les propriétaires supérieurs laisseraient couler; elles n'imposaient pas et ne pouvaient pas imposer à ceux-ci une servitude, la servitude ne pouvant émaner que du propriétaire même du fonds qui en est grevé (1).

231. Ce que nous disons du titre s'applique à la destination du père de famille. La loi met ce mode d'établir les servitudes sur la même ligne que le titre (art. 692), pourvu que les servitudes soient continues et apparentes. Or, la servitude dont il s'agit est continue, et nous supposons qu'elle s'annonce par des ouvrages apparents. Dès lors il,

(1) Limoges, 16 juin 1846 (Dalloz, 1847, 2, 55).

n'y a aucun doute. Nous dirons plus loin que la question a été décidée en sens divers par la jurisprudence, quand il s'agit d'eaux pluviales dérivées de la voie publique. Le même dissentiment existe, et au plus haut degré, pour ce qui concerne l'acquisition de la servitude par prescription. La question est même controversée pour les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé. Pour ne pas la scinder, nous l'examinerons plus loin.

232. Il y a également controverse sur le point de savoir si l'article 643 est applicable aux eaux pluviales. Ici nous ne comprenons pas le dissentiment. L'article 643 défend au propriétaire de la source d'en changer le cours, lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire. Cela suppose une eau courante. Tant que la source est renfermée dans le fonds où elle prend naissance, l'article 643 ne reçoit pas d'application. A plus forte raison ne peut-on pas l'appliquer aux eaux pluviales qui n'ont pas de cours, qui couvrent seulement le fonds, lequel finit par les absorber. Peut-on empêcher le maître de ces eaux d'en changer le cours, alors qu'il n'y a pas de cours? Mais aussi du moment que les eaux pluviales deviennent une eau courante, il y a lieu d'appliquer l'article 643. On fait une objection. C'est une disposition exorbitante du droit commun, donc on ne peut pas l'étendre. Mais la question est précisément de savoir si c'est l'étendre que de l'appliquer aux eaux pluviales. Tout le monde s'accorde à décider que l'article 641 reçoit son application, par analogie, aux eaux pluviales, en ce sens que le propriétaire en peut disposer à sa volonté. Lors donc que l'article 643, continuant l'article 641, dit : « Le propriétaire de la *source* ne peut en changer le cours, » c'est comme s'il disait : « Le propriétaire des *eaux* n'en peut changer le cours. » Y a-t-il une ombre de raison pour faire une différence entre les eaux de source et les eaux de pluie ou de neige, quand il s'agit d'un ruisseau qui est nécessaire aux besoins de première nécessité d'une commune? Qu'importe comment le ruisseau s'est formé? Ce qui constitue et justifie la servitude, c'est que ce ruisseau est nécessaire aux habitants; donc dès que la nécessité existe, il y a servitude. Le mot

source dont la loi se sert dans l'article 643 n'est pas une condition, c'est une simple indication (1).

233. On demande encore si l'article 645 s'applique aux eaux pluviales? Il nous semble que la question doit être décidée d'après les mêmes principes. Tant que les eaux pluviales ne forment pas d'eau courante, il ne peut pas être question d'appliquer l'article 645, car cette disposition est une suite de l'article 644, qui parle d'une eau courante bordant un héritage ou le traversant. Mais dès que les eaux pluviales forment un ruisseau, elles tombent sous l'application de l'article 644, et partant l'article 645 devient également applicable. On objecte que les eaux pluviales appartiennent à celui sur le terrain duquel elles tombent. Sans doute, et tant qu'elles restent à l'état d'eaux pluviales, elles sont à la disposition exclusive du propriétaire de l'héritage qu'elles couvrent. Mais n'en est-il pas de même des eaux de source? La source appartient également au propriétaire du fonds sur lequel elle prend naissance, mais si le propriétaire ne l'absorbe pas, si elle devient une eau courante, les articles 644 et 645 sont applicables. Il en doit être de même des eaux pluviales; car, encore une fois, il n'y a pas la moindre raison pour établir une différence entre un ruisseau formé d'eaux de source et un ruisseau formé d'eaux de pluie ou de neige. Donc, dans tous les cas, le ruisseau sera le domaine commun des riverains, comme le dit l'article 644, et s'il s'élève des contestations entre les riverains, les tribunaux jouiront du pouvoir discrétionnaire que leur accorde l'article 645 (2).

b) *Eaux pluviales qui tombent sur la voie publique.*

234. Faut-il appliquer les mêmes principes aux eaux pluviales qui découlent de la voie publique, et dont les riverains s'emparent avec l'autorisation tacite de l'Etat, de la province ou de la commune, propriétaires de la voie sur laquelle les eaux sont tombées? Ici nous entrons dans

(1) En ce sens, Pardessus, t. Ier, p. 333, n° 138. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 139, n° 113, et Demante, t. II, n° 495 *bis* I, p. 579. En sens contraire, Colmar, 24 août 1850 (Dalloz, 1855, 2, 180).

une mer de controverses. Il faut avant tout préciser les droits des divers riverains. Nous supposons que le propriétaire de la voie publique n'a fait aucune concession des eaux pluviales qui en découlent. Les riverains reçoivent donc les eaux en leur qualité de propriétaires inférieurs, tout comme si les eaux découlaient d'un fonds privé. Ils en deviennent propriétaires par droit d'accession, à mesure qu'elles se répandent sur leurs fonds; cela ne fait aucun doute, c'est le droit commun. En recevant les eaux, ils n'acquièrent aucun droit à l'écoulement des eaux pluviales contre le propriétaire de la voie publique. Cela encore n'est pas douteux, puisque tel est le droit commun. Mais quels seront les rapports des riverains supérieurs et des riverains inférieurs entre eux? Le riverain supérieur n'occupe pas les eaux; un riverain inférieur s'en empare; acquiert-il un droit sur les eaux par cette jouissance?

Il a été jugé que les eaux pluviales peuvent être prises à leur passage par les riverains de la voie publique, quand ils le jugent à propos; que si le propriétaire supérieur les laisse couler, et si le riverain inférieur s'en empare, cela n'empêche pas le propriétaire supérieur de détourner les eaux pluviales sur son fonds (1). Ces décisions sont incontestables. Seulement nous avons des réserves à faire au point de vue des motifs de décider. On dit que les eaux pluviales qui tombent sur la voie publique sont *res nullius* et deviennent, comme telles, la propriété du premier occupant; et en même temps on enseigne que l'administration a le droit de concéder l'usage exclusif des eaux qui couvrent la voie publique (2). Cela est contradictoire. Pour pouvoir concéder l'usage exclusif des eaux pluviales, l'administration doit en avoir la propriété; si elle en est propriétaire, on ne peut pas dire que les eaux pluviales soient *res nullius*, et qu'à ce titre elles appartiennent au premier occupant. D'où suit que le droit des riverains ne peut être

(1) Arrêt de rejet du 21 juillet 1825, et Rennes, 10 février 1826 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 352, 1° et 2°).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 44 et notes 4 et 5, et les autorités qui y sont citées.

fondé sur l'occupation. Quel est donc le droit des riverains et sur quoi repose-t-il? Si l'eau découle naturellement de la voie publique sur les fonds inférieurs, les propriétaires de ces fonds en acquièrent la propriété par droit d'accession; et cette propriété est aussi absolue que celle du maître du fonds où les eaux sont tombées, sauf, bien entendu, le droit de celui-ci de s'emparer des eaux et de les retenir. Tel n'est pas l'objet du débat, le voici. Les eaux découlent de la voie publique dans un fossé ou une espèce de canal qui longe les fonds riverains. L'un des riverains les détourne de leur cours naturel pour l'irrigation de ses terres. En a-t-il le droit? Il occupe les eaux qui appartiennent au propriétaire de la voie publique, il ne peut le faire que moyennant une concession expresse ou tacite. Il n'y a pas de concession ; donc il y a autorisation tacite pour tous les riverains de se servir des eaux ; l'usage qu'en fait le riverain inférieur n'empêche pas le riverain supérieur d'en user, car le droit de tous les riverains est le même, l'administration n'entendant pas accorder un privilége à l'un au préjudice des autres. Si telle était son intention, elle ferait une concession expresse.

Nous arrivons à la même conclusion que la doctrine et la jurisprudence. Les riverains, comme tels, n'ont pas de droit à l'écoulement des eaux ; s'ils peuvent les dériver sur leur fonds, c'est en vertu d'une autorisation tacite qui profite à tous, à titre égal. La possession des riverains inférieurs ne peut donc pas être opposée aux riverains supérieurs. Mais la possession des eaux ne peut-elle pas donner lieu, entre riverains, à des conventions, et par suite à la destination du père de famille et à la prescription?

235. La doctrine et la jurisprudence admettent que les eaux pluviales dérivées de la voie publique peuvent faire l'objet de conventions entre les riverains. Cela n'est guère contestable. Dans notre opinion, tous les riverains ont un droit égal à l'usage de ces eaux. L'un en a besoin pour l'irrigation de ses terres, tandis qu'à l'autre elles sont inutiles : pourquoi ne pourraient-ils pas convenir que le dernier s'interdit la faculté de dériver les eaux sur ses fonds au profit du premier, qui en aura ainsi l'usage exclu-

sif? Rien de plus légitime qu'une convention pareille. Dans l'opinion générale qui fonde le droit des riverains sur l'occupation, on arrive au même résultat (1). Les riverains s'emparent des eaux parce qu'elles n'appartiennent à personne; mais on ne peut occuper que les eaux qui sont tombées, on ne peut pas occuper celles qui n'existent pas encore. Donc, dans la théorie de l'occupation, les parties intéressées ne pourraient stipuler que sur les eaux qu'elles ont occupées. Le droit d'occuper les eaux qui tomberont peut-il être cédé? ou peut-il être modifié par des conventions? Si l'on considère le droit d'occupation comme appartenant aux fonds riverains, il peut aussi en être détaché. Resterait à concilier ce droit d'occupation avec le droit du propriétaire de la voie publique. Nous laissons là cette difficulté. Peu importe, pour la décision de notre question, à quel titre les riverains disposent des eaux; dès qu'ils en disposent, ils peuvent consentir des restrictions à leur droit de disposition. De là naîtra une servitude analogue à celle dont parle l'article 641, en matière de sources (2).

236. S'il peut y avoir une servitude par titre, il pourra aussi y avoir une servitude par destination du père de famille, pourvu que la servitude soit continue et apparente. Nous supposons que la servitude réunit ces deux caractères, et nous prouverons plus loin que la servitude qui consiste à assurer à un fonds l'usage des eaux qui coulent sur un autre fonds est une servitude d'aqueduc, donc continue et apparente, si elle s'annonce par des signes extérieurs. Toutefois la question est controversée. Il a été jugé par la cour de cassation que les eaux pluviales qui coulent sur la voie publique n'appartiennent à personne, et qu'elles ne sont pas susceptibles d'une possession exclusive. S'il en est ainsi, n'en faut-il pas conclure qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un droit de servitude, la servitude étant aussi exclusive de sa nature que la propriété? Telle n'est pas la conclusion de la cour. Le riverain, dit-elle, peut prendre

(1) Liége, 24 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 183); Caen, 22 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 134); Bordeaux, 7 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 45, note 7, et les arrêts cités dans la note précédente.

les eaux pluviales à leur passage et en faire tel usage qu'il veut; il peut donc aussi les concéder à son voisin, soit par titre, soit par destination du père de famille (1). Sans doute que le riverain peut disposer des eaux qu'il a en sa possession. Mais ici revient l'objection que nous venons de faire. Quand on établit une servitude, il ne s'agit pas seulement des eaux que possède l'un des riverains, il s'agit de toutes les eaux qui tomberont sur la voie publique, et que certes le riverain ne possède pas. Il faut dire plus : quand le riverain n'aurait jamais joui des eaux, il suffit qu'il ait le droit d'en jouir pour qu'il puisse limiter ce droit au profit d'un autre riverain. Mais a-t-il ce droit et à quel titre? L'arrêt de la cour de cassation ne donne pas la solution de cette difficulté.

La cour de Colmar a jugé que les eaux pluviales ne sont pas susceptibles de servitude, par la raison que les riverains n'en jouissent jamais à titre de droit; s'ils les possèdent, c'est par la tolérance du propriétaire supérieur, et la tolérance exclut toute idée de droit (2). L'objection est sérieuse, mais elle n'est pas décisive. A l'égard de qui la possession est-elle une possession de tolérance? A l'égard du propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux; car celui-ci peut toujours les retenir et les dériver, la plus longue jouissance du propriétaire inférieur ne lui enlève pas ce droit; en ce sens cette jouissance est précaire. Mais quoique précaire, la jouissance des propriétaires inférieurs peut être l'objet de conventions; s'il en peut naître une servitude conventionnelle, il peut aussi y avoir lieu à destination du père de famille. La servitude, à quelque titre qu'elle s'établisse, sera précaire comme la possession qui en est l'objet, en ce sens qu'elle n'existera qu'aussi longtemps que le propriétaire supérieur n'usera pas de son droit de retenir les eaux et de les dévier. Une pareille servitude aurait choqué les jurisconsultes romains; ils n'y auraient pas reconnu ce caractère d'une véritable servitude qu'ils appelaient la perpétuité de la cause. Mais elle n'a

(1) Arrêt de rejet du 25 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 1, 385). Et Bordeaux, du 7 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).
(2) Colmar, 26 mai 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 357)

rien de contraire aux principes du code, moins rigoureux que le droit romain. C'est peut-être sous l'influence des idées romaines que Troplong s'est prononcé contre cette servitude sur des eaux dont, d'après lui, la propriété n'appartient à personne. « Qu'est-ce qu'une destination, s'écrie-t-il, pour soumettre à une servitude privée une chose qui appartient à tous? N'est-ce pas un effort stérile, une illusion de la volonté (1)? » Il y a encore une autre réponse à cette objection que celle que nous venons de faire; nous la ferons en examinant la question de la prescription, où l'objection se représente dans toute sa force.

237. Le propriétaire inférieur peut-il acquérir la servitude par prescription? Cette question est très-controversée et elle est douteuse. Il faut d'abord écarter l'autorité de la tradition romaine. Les jurisconsultes romains enseignent formellement que la possession des eaux pluviales ne peut pas fonder de prescription. Mais quelle est la raison de cette imprescriptibilité? Ce n'est pas, comme on le dit aujourd'hui, parce que ces eaux sont une chose *nullius*, c'est parce que les eaux pluviales ne tombant que par accident; n'ayant pas une existence permanente, la servitude n'aurait pas de cause perpétuelle. Ulpien et Paul le disent en toutes lettres (2). Nous n'entrerons pas dans le débat de la cause perpétuelle, puisqu'il est reconnu que cette doctrine est étrangère au droit moderne. En ce sens, la cour de Colmar l'a qualifiée de *surannée* (3); ce qui ne l'empêche pas d'influencer les meilleurs esprits sans qu'ils s'en doutent.

La question se présente pour les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé et pour celles qui tombent sur la voie publique. Y a-t-il des raisons pour repousser la prescription d'une manière absolue? Nous croyons qu'aucun principe de notre code ne s'oppose à la prescription. Pour qu'une servitude puisse s'acquérir par prescription, il faut

(1) Troplong, *De la prescription*, n° 147. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 45 et note 8.

(2) Ulpien, L. 1, § 5, D., *de aqua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1, § 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Paul, L. 28, D., *de servit.* (VIII, 1).

(3) Colmar, 24 août 1850 (Dalloz, 1855, 2, 181).

avant tout qu'elle soit continue et apparente. La servitude dont il s'agit réunit-elle ces deux caractères? Ce premier point déjà est contesté, mais à tort, nous semble-t-il. En quoi consiste la servitude réclamée par le propriétaire inférieur? C'est une conduite d'eau; en effet, les travaux qu'il fait n'ont d'autre but que de conduire les eaux dans son fonds, en les dérivant soit du fonds supérieur où elles sont recueillies, soit directement de la voie publique. Pour les conduire dans ses fonds, il fait des travaux que nous supposons apparents; il n'y a pas de contestation sur ce point; la servitude est donc apparente. Elle est aussi continue; ici nous avons un texte qui nous dispense de toute discussion; l'article 688, qui définit les servitudes discontinues, donne comme exemple les conduites d'eau (1). Donc la servitude est tout ensemble continue et apparente. Reste à savoir si la possession trentenaire requise pour la prescription (art. 690) réunit les conditions voulues par la loi. Ici nous entrons dans la vraie difficulté.

Aux termes de l'article 2229, la possession doit être continue. On prétend que la possession des eaux pluviales ne saurait l'être, puisqu'il y a nécessairement des intermittences. L'objection repose sur une fausse idée de la continuité que la loi exige comme condition de toute possession qui sert de base à la prescription. Cela ne veut pas dire que la jouissance doive être continuelle, cela veut dire que le possesseur doit faire les actes de possession que, d'après la nature de la chose, il peut et il doit faire. La possession des eaux d'une source est-elle continuelle, permanente? Quand elles sont employées à l'irrigation, on ne s'en sert qu'à certains jours et à certaines heures, et encore cette jouissance devient impossible quand la sécheresse tarit les sources. Néanmoins le code admet la prescription des eaux de source; pourquoi n'admettrait-il pas celle des eaux pluviales? Dira-t-on que le code consacre expressément l'une (art. 641), ce qui implique le rejet de l'autre? Cet argument, tiré du silence de la loi, n'a

(1) Un arrêt de la cour de cassation des Etats sardes, du 18 mai 1855, a décidé que la servitude dont il s'agit est discontinue (Dalloz, 1855, 2, 241).

aucune valeur dans l'espèce ; la loi ne parle pas des eaux pluviales, pas plus de la propriété de ces eaux que des servitudes auxquelles leur usage donne lieu : en conclura-t-on que celui qui reçoit les eaux pluviales sur son fonds n'en devient pas propriétaire? Nous n'insistons pas, car cela n'est pas sérieux.

On lit encore dans les arrêts que la possession des eaux pluviales n'est pas une possession non interrompue, comme l'exige l'article 2229. L'objection est une erreur, et l'erreur porte sur un principe élémentaire de droit. Au titre de la *Prescription*, nous dirons que la possession est *interrompue* quand il y a interruption de la prescription. Or, nous supposons qu'il n'y a eu aucune interruption. C'est donc un non-sens juridique d'affirmer que la possession des eaux pluviales est, par sa nature, une possession interrompue. L'objection que cette possession est nécessairement équivoque n'a pas plus de valeur. On veut dire que c'est une possession qui n'est fondée que sur la tolérance, ce qui serait une possession précaire et équivoque, en ce sens que l'on ne saurait pas si c'est une possession à titre de propriétaire ou une possession à titre précaire. Pourquoi la possession des eaux pluviales serait-elle équivoque par sa nature, tandis que la possession des eaux de source ne l'est pas? Nous cherchons vainement la raison de cette différence. Serait-ce parce que les eaux pluviales ont moins d'utilité? Si elles n'étaient pas utiles, on ne s'en disputerait pas la jouissance, et nous n'aurions pas besoin de discuter la question (1).

238. Au point de vue des principes généraux qui régissent la prescription, il n'y a donc rien qui s'oppose à ce que la servitude de conduite d'eau s'acquière par prescription, quand il s'agit d'eaux pluviales. Reste l'objection qui retentit dans tous les arrêts, et que Troplong a reproduite (2). La servitude ne se conçoit pas quand elle

(1) Voyez, sur tous ces points, une excellente note de Mourlon, insérée dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1865, 2, 97.

(2) La doctrine et la jurisprudence sont citées dans la note de Mourlon à laquelle nous venons de renvoyer (note 1). Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, n°s 345 et 352; Aubry et Rau, t. III, p. 43, note 2; p. 44, note 6; p. 45, notes 7-9 et p. 46, note 10.

porte sur des *res nullius*. Précisons d'abord la difficulté; tant que l'on reste dans le vague, on ne sait sur quoi l'on discute. La servitude est un démembrement de la propriété; elle implique donc que la chose qui en est l'objet est susceptible de propriété; or, les *res nullius* échappent à l'appropriation, donc elles ne sont pas susceptibles de servitude. Il y a plus d'une réponse à faire à l'objection. Nous avons beaucoup insisté sur la servitude qui grève le fonds où naît une source (art. 641). Quel en est l'objet? Comme toute servitude, c'est une restriction à la propriété; c'est-à-dire que le propriétaire du fonds où naît la source perd, par l'établissement de la servitude, un droit qu'il a comme propriétaire du fonds d'user à volonté des eaux, comme il peut user à volonté de tout ce qui lui appartient en pleine propriété. Eh bien, les choses se passent absolument de même quand il s'agit d'eaux pluviales. Cela est certain lorsque les eaux pluviales tombent sur un fonds privé et que c'est contre le propriétaire de ce fonds que la prescription est acquise; dans ce cas, il y a identité absolue. Le maître du fonds supérieur a, comme propriétaire, le droit d'user à sa volonté des eaux pluviales qui accèdent à son fonds; il perd ce droit, son fonds est en servitude quand le propriétaire inférieur a prescrit contre lui. Dira-t-on qu'il prescrit une *res nullius?* Cela n'a pas de sens; il prescrit contre le droit absolu de propriété du propriétaire supérieur : est-ce que le droit illimité qui appartient au maître du fonds est une *res nullius?*

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Le riverain supérieur les a dérivées sur son fonds. Est-ce que le riverain inférieur peut prescrire contre lui? c'est-à-dire peut-il par la prescription limiter le droit qu'a le riverain supérieur d'user des eaux qu'il a dérivées de la voie publique? Cette hypothèse se confond réellement avec celle que nous venons d'examiner. En effet, du moment que les eaux pluviales entrent dans le fonds supérieur, elles deviennent l'objet d'une propriété absolue aussi bien que celles qui tombent directement sur son fonds. Donc son droit de propriété peut être restreint par la prescription. On objecte qu'il y a une dif-

férence ; les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé deviennent directement et immédiatement la propriété du maître de ce fonds, tandis que le riverain d'une voie publique n'a aucun droit direct sur les eaux qui s'y trouvent ; il n'acquiert de droit sur ces eaux que par une concession tacite de l'administration, dans notre opinion, et par occupation d'une *res nullius*, dans l'opinion générale. Mais qu'importe ? Il ne s'agit pas de savoir comment, à quel titre, le riverain supérieur acquiert les eaux pluviales. En est-il le maître quand il les a dérivées sur son fonds ? En peut-il disposer à titre de propriétaire ? Si l'on répond oui, la question est décidée, car on rentre dans les principes que nous venons d'exposer. Or, il est impossible de le nier, les eaux pluviales accèdent au sol et appartiennent au maître du sol. Peut-on dire qu'elles sont au premier occupant alors que le propriétaire du fonds les occupe ? Il est vrai, et ceci est le nœud de la difficulté, que le riverain supérieur n'a pas, comme propriétaire du fonds, le droit de dériver les eaux qui couvrent la voie publique ; il n'a ce droit qu'en vertu d'une permission tacite du propriétaire de la voie ; cette autorisation peut lui être retirée. Il en résulte qu'il n'a pas un droit à l'écoulement des eaux, et par suite il n'acquiert la propriété des eaux qu'aussi longtemps que l'administration lui permettra de les dériver. Peut-on asseoir une servitude sur une base aussi fragile ? Nous répondons oui, sans hésiter. Quel est l'objet de la servitude ? Est-ce que par hasard le propriétaire du fonds supérieur s'oblige à transmettre toujours les eaux pluviales au riverain inférieur ? Non, la servitude consiste uniquement en ceci : le riverain supérieur impose à son fonds cette charge, que les possesseurs de ce fonds ne pourront pas user à leur volonté des eaux pluviales qui y découlent de la voie publique. Cette restriction profitera au riverain inférieur aussi longtemps que les eaux pluviales couleront sur le fonds supérieur : il y a donc servitude, seulement elle n'est pas perpétuelle. Mais la servitude identique, concernant les eaux d'une source, n'est pas perpétuelle non plus, car la nature peut retirer son don comme l'administration peut révoquer sa concession.

Il y a une dernière hypothèse qui est la plus douteuse. Le riverain inférieur dérive directement les eaux de la voie publique; ce seul fait ne lui donne aucun droit contre le riverain supérieur. Cela est certain. Mais ne peut-il pas acquérir un droit contre lui? Il le peut par convention; le riverain supérieur peut renoncer au droit qu'il a de dériver les eaux pluviales sur son fonds en faveur du riverain inférieur; de cette renonciation il résultera une servitude, en ce sens que le propriétaire ne pourra plus user d'un droit qui lui appartenait en qualité de riverain. Un droit qui s'acquiert par titre peut aussi s'acquérir par prescription, bien entendu que la servitude devra être continue et apparente, s'il s'agit de prescrire une servitude. Est-ce que dans l'espèce la servitude est continue et apparente? Nous supposons qu'il y a des ouvrages apparents, comme on en fait pour une conduite d'eau. Sera-ce une servitude de conduite d'eau à charge des fonds supérieurs? Il y a bien des difficultés dans cette question. Pour qu'il y ait prescription, il faut que celui qui l'invoque ait pendant trente ans manifesté la volonté de limiter à son profit le droit du propriétaire. Quand il s'agit de sources, la prescription ne commence à courir qu'à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. Cette disposition s'applique-t-elle par analogie aux eaux pluviales? et comment se fera cette application? Dans le cas de l'article 642, le riverain inférieur prescrit contre le propriétaire de la source; dans notre espèce, le propriétaire inférieur n'entend pas prescrire contre le propriétaire des eaux pluviales; ces eaux n'ont pas de propriétaire si l'on admet qu'elles sont *res nullius*; et alors comment appliquer l'article 642? Si l'on admet que les eaux pluviales sont dans le domaine de celui à qui appartient la voie publique, on ne conçoit pas davantage l'application de l'article 642, car on ne prescrit pas contre le domaine public, et on ne prescrit pas en vertu d'une possession qui est de tolérance, en ce sens que l'administration peut toujours la faire cesser. En réalité, il s'agit de prescrire, non contre l'Etat, la province ou la commune,

mais contre le riverain supérieur, lequel, nous le suppo sons, n'a pas dérivé les eaux, et avant de les avoir dérivées, il n'en a ni la possession ni la propriété, il a seulement le droit de les dériver; c'est ce droit que le riverain inférieur prétend acquérir par prescription. C'est dire que l'article 642 est inapplicable. Vainement le riverain inférieur ferait-il des ouvrages apparents destinés à conduire les eaux dans son fonds; ces ouvrages ne témoignent qu'une chose, la volonté d'utiliser les eaux, mais ils ne témoignent pas qu'il veut priver le riverain supérieur du droit que celui-ci a de les utiliser au même titre que les riverains inférieurs. Donc ces ouvrages seuls ne peuvent pas fonder de prescription. Est-ce à dire que le droit du riverain supérieur soit imprescriptible? Non, mais la prescription ne pourra s'accomplir que par des actes de possession qui fassent connaître au riverain supérieur la volonté qu'a le riverain inférieur de prescrire contre lui. Ce qui suppose des ouvrages construits sur le fonds supérieur contre le propriétaire duquel on veut prescrire (1).

239. Ainsi les conditions de la prescription diffèrent suivant qu'il s'agit d'eaux pluviales tombées sur un fonds privé, ou d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Dans le premier cas, on reste sous l'empire des principes formulés par l'article 642; il y a identité complète. Le propriétaire supérieur a le droit absolu d'user des eaux pluviales qui tombent sur son fonds, comme il a le droit d'user à sa volonté de la source qui y prend naissance; le propriétaire inférieur veut prescrire contre ce droit. Puisque le droit à prescrire est le même, les conditions de la prescription doivent aussi être les mêmes. L'article 642 reçoit donc son application, non par analogie, mais par identité de raison. S'il s'agit d'eaux pluviales tombées sur la voie publique, il faut faire une nouvelle distinction. Celles qui sont dérivées par le riverain supérieur deviennent sa propriété, on peut donc les prescrire contre lui, au même titre et sous les mêmes conditions que les eaux de source. L'article 642 sera encore applicable. Mais si le riverain inférieur entend prescrire le droit que le propriétaire su-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 45 et note 9.

périeur a de dériver les eaux, il doit faire, sur le fonds de ce propriétaire, des travaux qui le mettent en demeure de revendiquer la liberté de son fonds, s'il veut la conserver (1).

c) *Effet des droits acquis par les propriétaires inférieurs.*

240. Reste à savoir quels sont les effets du droit qu'acquiert le riverain inférieur contre le riverain supérieur. Ici il faut encore distinguer les eaux pluviales qui tombent sur un fonds privé et celles qui couvrent la voie publique. Les premières forment une propriété absolue, plus absolue même, à notre avis, que celle d'une source. Le maître du fonds en peut donc disposer comme il l'entend, hors de son fonds comme dans son fonds ; il peut en céder la propriété ou limiter seulement le droit qu'il a d'en user. Ce qui est vrai du titre l'est aussi de la prescription ; nous admettrions donc pour les eaux pluviales ce que la cour de cassation a décidé, à tort suivant nous (n° 185), pour les eaux de source. Il en est autrement quand il s'agit d'eaux pluviales tombées sur la voie publique. Alors même que le riverain supérieur les aurait dérivées, il n'acquiert pas un droit à l'écoulement des eaux, et il ne peut, ni par titre, ni par prescription, céder un droit qu'il n'a point. Dans cette hypothèse, le riverain inférieur n'acquiert jamais qu'une servitude, et une servitude très-limitée, puisque les conventions et prescriptions intervenues entre deux riverains de la voie publique ne peuvent pas priver les autres riverains du droit qu'ils ont de se servir des eaux, soit à titre de *res nullius*, soit en vertu d'une concession tacite du propriétaire de la voie (2).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 45 et 46, notes 9 et 10. Colmar, 24 août 1850 (Dalloz, 1855, 2, 180).
(2) Demolombe, t. XI, p. 146, n° 117. Aubry et Rau, t. III, p. 46 et note 11.

N° 3. DES ÉTANGS.

I. *Propriété des étangs.*

241. L'article 558 contient une disposition importante concernant la propriété des étangs : « Le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires. » On appelle étang un amas d'eau contenu par une chaussée. Une ou plusieurs ouvertures ou bondes pratiquées dans le point le plus bas servent à mettre l'étang à sec, soit pour le pêcher, soit pour le consacrer à la culture. Un déversoir, dont la hauteur et la largeur se calculent sur le volume d'eau que l'étang peut contenir sans que les terres voisines soient inondées, ouvre une issue aux eaux, et garantit par là les propriétés voisines de l'inondation (1). L'article 558 suppose qu'il y a un déversoir dans tout étang, puisqu'il base sur la hauteur de la décharge l'étendue du terrain dont l'étang est composé. Lors même que les eaux d'un étang viendraient à diminuer, le propriétaire de l'étang n'en resterait pas moins propriétaire de tout le terrain que l'étang doit couvrir, quand l'eau est à la hauteur de la décharge de l'étang. Le code établit en faveur du propriétaire de l'étang une présomption légale de propriété, que la cour de cassation a formulée en ces termes : « Les étangs sont réputés n'avoir été établis que sous la condition que leurs eaux, même quand la masse en est augmentée par les crues ordinaires, ne pourraient se décharger que sur les terres appartenant aux propriétaires, sans jamais envahir les terres des riverains (2). » Cette présomption est fondée sur une probabilité qui touche à la certitude. L'une de nos anciennes cou-

(1) Pardessus, t. Ier, p. 193, n° 80. Dalloz, au mot *Eaux*, n° 244.
(2) Arrêt de rejet du 13 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 270).

tumes contenait une disposition qui est devenue le droit commun depuis 1789. « Il est loisible à chacun, dit la coutume d'Orléans (art. 170), de faire en son héritage étangs, asseoir bondes, grilles et chaussées, pourvu qu'il n'entreprenne sur le chemin ou droit d'autrui. » Celui qui construit un étang doit donc le faire de manière qu'il ne puisse nuire aux riverains (1). C'est dire qu'il doit être propriétaire des terrains que les eaux couvrent dans les crues ordinaires ; et partant qu'il a dû établir la hauteur de la décharge en tenant compte du volume d'eau que l'étang peut contenir sans inonder les propriétés des riverains. Les propriétaires voisins ont le droit de forcer celui qui construit un étang dans son fonds de ne pas dépasser les limites des terrains qui doivent renfermer les eaux dans leur crue ordinaire ; leur intérêt est une garantie que le propriétaire de l'étang restera dans les limites de sa propriété (2).

242. Pour que la présomption légale de l'article 558 puisse recevoir son application, il faut qu'il y ait un déversoir fixe, qui marque d'une manière invariable la hauteur normale des eaux, et qui opère par lui-même, sans l'intervention de la main de l'homme. Dans ces conditions, la hauteur des eaux parvenues au seuil du déversoir, c'est-à-dire au point où s'effectue la décharge, détermine avec certitude la limite des droits du propriétaire de l'étang, parce qu'il y a un signe apparent et immuable, indépendant du mouvement de retraite ou d'élévation des eaux. Cela explique aussi la raison pour laquelle le législateur a trouvé bon d'établir une présomption de propriété : il a voulu prévenir les contestations incessantes qui s'élèveraient entre le propriétaire de l'étang et les riverains, si les limites de l'étang étaient incertaines et si par suite le juge était obligé de les rechercher dans chaque litige. De là la cour de cassation a tiré cette conséquence qui n'est pas douteuse, c'est que le propriétaire de l'étang ne peut plus invoquer la présomption de l'article 558 quand, au lieu d'un déversoir

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Étang*, nos I et II.
(2) Demolombe, t. X, p. 26, n° 28.

fixe opérant par lui-même et marquant d'une manière invariable la hauteur de la décharge, il a pratiqué des barrages mobiles qui lui permettent d'élever ou d'abaisser les eaux à volonté. Il n'y a plus là aucune probabilité sur laquelle le législateur ait pu asseoir une présomption, il n'y a plus aucune garantie pour les voisins. Dès qu'il n'y a plus de présomption légale, on rentre dans le droit commun qui régit les preuves (1).

243. L'article 558 dit que le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang. Faut-il conclure de là que la limite des droits du propriétaire est fixée par la hauteur des eaux parvenues au seuil du déversoir? L'arrêt de la cour de cassation que nous venons de citer s'est énoncé en ce sens dans un de ses considérants. Mais il y a un arrêt en sens contraire qui a décidé en termes formels que la limite de la décharge est, non au seuil du déversoir, mais au point extrême d'élévation des eaux au moment de la crue ordinaire de la saison d'hiver (2). Il y a quelque doute si l'on s'en tient au premier alinéa de l'article 558; il paraît s'attacher exclusivement à la hauteur de la décharge, donc au seuil du déversoir. Mais il y a un second alinéa qui explique le premier : il y est dit que le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires. Donc la présomption est que les terres couvertes par les crues ordinaires appartiennent au propriétaire de l'étang. Qu'est-ce que la loi entend par crues ordinaires et par crues extraordinaires? La question est de savoir quel est le caractère des crues d'hiver; elles sont périodiques, elles ont donc un mouvement régulier et normal; ce qui exclut toute idée de crues accidentelles, extraordinaires, car celles-ci n'ont ni fixité ni régularité. Puisque les crues d'hiver reviennent chaque année, il est plus que probable que les terrains qu'elles couvrent appartiennent au propriétaire de l'étang; en effet, il n'a pas le droit d'inonder chaque

(1) Arrêt de rejet du 10 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 309).
(2) Arrêt de rejet du 13 mars 1867, de la chambre civile (Dallöz, 1867, 1, 270).

hiver les propriétés voisines, et certainement les riverains ne le souffriraient pas. Quand, au contraire, les crues sont accidentelles, elles sont par cela même imprévues ; le propriétaire de l'étang ne peut pas être obligé d'acquérir tous les terrains que les eaux pourront couvrir dans les crues extraordinaires, puisqu'il est impossible de les prévoir et impossible d'en assigner les limites. De là suit que la présomption de propriété existe pour les crues ordinaires de l'hiver. Il faut donc, non s'attacher à la limite matérielle du déversoir, mais tenir compte des crues ordinaires d'hiver. C'est le seul moyen de concilier le second alinéa avec le premier.

244. La présomption établie par l'article 558 suppose l'existence d'un étang, c'est-à-dire d'une terre couverte d'eau. Si l'étang est soumis à des travaux de desséchement qui ont pour objet de convertir l'étang en terres arables, on ne peut plus appliquer une présomption qui implique l'existence d'un terrain régulièrement couvert d'eaux, dans toute son étendue, jusqu'au point où s'arrêtent les crues ordinaires d'hiver. Chaque jour l'étang se rétrécit, les eaux disparaissent successivement et couvrent chaque jour un terrain moins étendu ; tandis que dans l'ordre régulier des choses, l'étendue de l'étang est fixe et invariable ; la présomption de l'article 558 est tout ensemble une conséquence et une garantie de cette fixité. Dès que l'étang va chaque jour en diminuant, pour disparaître à la fin, la présomption de fixité n'a plus de raison d'être. On rentre donc dans le droit commun : le débat sur la propriété sera vidé par les preuves qui établissent la propriété, c'est-à-dire, à défaut de titres, par la possession (1).

245. L'article 558 prévoit le cas où le volume de l'eau viendrait à diminuer, et il décide que le propriétaire de l'étang conservera néanmoins le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang. Cette présomption de propriété est-elle absolue? n'admet-elle aucune preuve contraire? On dit parfois que c'est une pré

(1) Arrêt de rejet du 25 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 488).

somption *juris et de jure* (1), et on entend par là une présomption contre laquelle la preuve contraire n'est pas reçue. C'est une des erreurs qui sont si fréquentes dans la matière des présomptions. Celles qui n'admettent pas la preuve contraire sont définies par l'article 1352, et il suffit de le lire pour se convaincre qu'il n'est pas applicable aux présomptions de propriété que l'article 1351 range parmi les présomptions légales. Or, dès que la présomption de l'article 558 n'est pas une de celles qui par exception excluent la preuve contraire, elle reste sous l'empire du droit commun, d'après lequel la preuve contraire est toujours admise. Il est certain que si des titres établissaient que le propriétaire de l'étang n'est pas propriétaire des terrains que les eaux couvrent dans les crues ordinaires de la saison d'hiver, la présomption céderait devant la certitude. Les riverains pourraient-ils aussi invoquer la prescription fondée sur une possession trentenaire? Il a été jugé que non, et la doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 558 dit que le propriétaire *conserve toujours* le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang : en disant qu'il *conserve toujours* le terrain, alors même que les eaux ne le couvriraient pas, la loi suppose que les riverains le possèdent, car si le propriétaire de l'étang y fait des actes de possession, il va sans dire qu'il ne peut pas perdre sa propriété. A vrai dire, il conserve la possession de droit, bien que les riverains fauchent les herbes ou fassent pâturer leurs bestiaux sur le terrain abandonné par les eaux, car on conserve la possession par la seule volonté, et certes le propriétaire de l'étang n'a pas l'intention d'abandonner la possession et la propriété de son terrain aux riverains. Ceux-ci n'ont donc qu'une possession de tolérance, ils ne possèdent réellement pas, donc ils ne peuvent pas prescrire (2). Par la même raison, les riverains n'auraient pas l'action possessoire (3).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Eaux*, n° 257.
(2) Demolombe, t. X, p. 28, n° 31. Aubry et Rau, t. II, p. 180, note 5. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Eaux*, n° 258.
(3) Arrêt de rejet du 23 avril 1811 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 356).

246. Le propriétaire de l'étang a en sa faveur une présomption. S'il y a un déversoir fixe, il peut invoquer la présomption légale, et par suite il est dispensé de toute preuve, sauf aux riverains à faire la preuve contraire. Tel est le droit commun, quand il y a une présomption établie par la loi. Mais que faut-il décider s'il n'existe pas de déversoir? Il n'y a plus de présomption légale en faveur du propriétaire de l'étang. La question de propriété devra donc se décider d'après les règles générales qui régissent les preuves. On demande si le propriétaire de l'étang peut invoquer la prescription trentenaire. Les eaux couvrent les fonds riverains depuis plus de trente ans; cette longue possession vaudra-t-elle titre? Il y a quelque doute. On peut dire que le fait d'inonder les terres de ses voisins est un délit, et qu'un délit continué pendant trente ans ne peut pas devenir la base de la propriété. Cela est vrai en général, mais cela n'est plus vrai quand il s'agit d'un étang; l'étang doit couvrir une certaine étendue de terre; si cette terre n'appartient pas au propriétaire de l'étang, c'est aux voisins à agir pour réprimer ses empiétements; leur silence pendant trente ans et la possession suffisent pour fonder la prescription (1).

247. S'il y a un déversoir et si les riverains prétendent que les eaux de l'étang se sont déplacées, qu'elles couvrent maintenant des terres qu'elles ne couvraient pas dans l'origine, le propriétaire de l'étang pourra-t-il les repousser en invoquant la présomption de l'article 558? Il a été jugé que le propriétaire de l'étang pouvait opposer aux riverains la présomption de propriété que la loi établit en sa faveur, à moins que l'on ne prouve que le déplacement du lit de l'étang provient de son fait (2). La question, nous semble-t-il, est mal posée. Sans doute le propriétaire de l'étang peut invoquer la présomption dès qu'il y a un déversoir. Mais cette présomption admet la preuve contraire; or, précisément, dans l'espèce, elle devait être admise. En effet, la présomption suppose que les eaux restent fixes;

(1) Arrêt de Nancy du 9 mars 1837, confirmé par un arrêt de rejet du 17 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 253).
(2) Pau, 31 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 2, 204).

si elles se déplacent, la probabilité sur laquelle la présomption repose fait défaut. On ne peut plus dire qu'il est probable que le propriétaire de l'étang était propriétaire des terrains sur lesquels les eaux se répandent après leur déplacement, car les eaux ne devaient pas couvrir ces terrains lorsque l'étang a été construit, donc il n'était pas nécessaire que le maître de l'étang en eût la propriété. Il fallait par conséquent, dans l'espèce, admettre les riverains à prouver que le lit de l'étang était déplacé par le changement qui s'était fait dans la direction des eaux; dès lors la présomption restait, et l'on rentrait sous l'empire des principes généraux.

II. *Droits des riverains.*

248. Les dispositions du code qui régissent les eaux courantes sont-elles applicables aux étangs? On demande d'abord si les propriétaires inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux qui découlent de l'étang, en vertu de la servitude naturelle consacrée par l'article 640. La négative est évidente, puisqu'elle est écrite dans le texte de la loi; les fonds inférieurs sont seulement tenus de recevoir les eaux qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, et sans que *la main de l'homme y ait contribué*. Cela exclut les étangs. Il s'est cependant présenté un cas dans lequel le tribunal de Bruxelles a admis une servitude d'écoulement au profit des étangs supérieurs et à charge d'un étang inférieur. Le propriétaire des étangs supérieurs prétendait avoir le droit d'écouler les eaux dans l'étang inférieur, mais n'ayant pas de titre, et ne pouvant se prévaloir de la prescription pour une servitude discontinue, il invoqua, en désespoir de cause, l'analogie résultant de l'article 640, et la nécessité qui donne au propriétaire enclavé un passage sur les fonds voisins (art. 682). Le tribunal de première instance accueillit ces prétentions en se fondant sur l'équité et sur l'intérêt de l'agriculture. C'était méconnaître le principe élémentaire d'interprétation qui ne permet pas d'étendre les servitudes légales. La cour de Bruxelles réforma le jugement et décida que les articles 640 et 682

étaient étrangers à l'espèce. Mais il admit le propriétaire des étangs à la preuve qu'avant la publication du code civil, il avait acquis par la possession immémoriale la servitude d'écoulement (1).

La question présente encore une autre face. Dans l'ancien droit, il y avait des coutumes qui admettaient la charge des propriétaires inférieurs comme une espèce de servitude légale. Telle était la coutume d'Orléans dont l'article 175 était ainsi conçu : « Lorsque deux étangs sont si rapprochés que l'étang supérieur ne peut être vidé pour la pêche, le propriétaire inférieur doit, dans les trois jours de la sommation qui lui est faite, lever la bonde de son étang et en évacuer l'eau, de manière que l'étang plus élevé puisse être mis en pêche (2). » Cette disposition formait le droit commun dans les pays coutumiers. On prétend qu'elle est encore en vigueur, en vertu de l'article 645 qui porte : « Dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés. » Doit-on comprendre sous le nom de *règlements* locaux les dispositions des anciennes coutumes? Cela est évident, dit-on. On cite encore à l'appui de cette opinion l'article 651, aux termes duquel « la *loi* assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention (3). » Nous reproduisons cette argumentation comme un exemple de la confusion et de l'oubli de tout principe que nous reprochons à certains auteurs. S'il y a une chose évidente, c'est que le mot *règlements locaux*, dans l'article 645, désigne les règlements émanés de l'administration, par opposition aux règlements judiciaires dont il est question dans cette disposition. Est-ce qu'un article de nos anciennes coutumes est un règlement administratif? Un second point tout aussi évident, c'est que l'article 645, suite de l'article 644, ne s'applique qu'aux eaux courantes qui sont, à certains égards,

(1) Bruxelles, 19 mai 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 122). Comparez arrêt de rejet du 30 août 1808 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 261) et Duranton, t. IV, p. 354, n° 411; Daviel, *Traité des cours d'eau*, t. II, p. 393. En sens contraire, Garnier, *Traité des Rivières*, t. III, p. 161, n° 800.
(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, article 175.
(3) Dalloz, au mot *Eaux*, n° 262.

la propriété des riverains. Est-ce que les étangs sont des eaux courantes? Est-ce que les riverains en ont la propriété? Quant à l'article 651, il pose en principe qu'il y a des servitudes dites légales; et peut-il y avoir des servitudes légales sans loi? nos anciennes coutumes sont-elles des lois, alors qu'elles ont été abrogées complétement par la loi du 30 ventôse an XII (1)?

249. Les riverains de l'étang ont-ils le droit de se servir de ses eaux? C'est demander si l'article 644 s'applique aux étangs? La négative résulte du texte de la loi. Elle parle des eaux courantes qui bordent ou traversent un héritage : est-il besoin de dire que les étangs ne sont pas des eaux courantes? Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables, il est certain que les riverains y ont des droits que l'on ne peut pas reconnaître aux riverains des étangs. Qui a jamais songé à donner aux riverains d'un étang le droit de pêche? Ceux qui n'admettent pas que les ruisseaux soient la propriété des riverains disent qu'ils n'appartiennent à personne. Est-ce que l'étang serait par hasard une chose commune? Ce qui caractérise au contraire l'étang, c'est qu'il fait partie du domaine de celui qui l'a construit avec des eaux qui lui appartiennent; faire la moindre prise d'eau sur un étang, ce serait donc empiéter sur une propriété privée.

Un de nos bons auteurs, après avoir établi ce principe, y apporte des dérogations qui sont un nouvel exemple de la déplorable incertitude qui règne dans la doctrine. « Si, dit Proudhon, l'étang est alimenté par des eaux de source qui se reproduisent naturellement et continuellement, il n'y aura plus de raison de la distinguer d'une eau courante, et *bien certainement* les voisins y pourront pratiquer des rigoles. » Quoi! j'ai une source dans mon fonds; la loi dit que je peux en user à volonté; j'en fais un étang. Puis mes voisins viendront y faire des prises d'eau. Ils n'avaient aucun droit sur la source, et ils auront un droit sur l'étang, qui n'est que la source appropriée à un certain

(1) Voyez, sur cette loi le tome Ier de mes *Principes*, p. 36, nos 25 et 26.

usage! « Qu'il y ait source ou non, ajoute Proudhon, lorsqu'il y a d'abondantes crues d'eau, les voisins peuvent incontestablement s'emparer du superflu (1). » Eh! que fait l'abondance des eaux, alors qu'elles sont propriété privée? Proudhon parle en législateur et traduit l'équité en lois ; il oublie qu'il est interprète.

250. Nous disons que l'étang est une propriété privée lorsque les eaux qui le forment appartiennent au maître du fonds où il a été creusé : tel est le cas des sources qui jaillissent dans le fonds ou des eaux pluviales qui y tombent. Propriétaire absolu des eaux, il devient aussi propriétaire absolu de l'étang; il peut laisser couler les eaux et mettre l'étang à sec, il peut aussi remettre l'étang sous eau; l'étang est sa chose, il en fait ce qu'il veut. Les riverains, alors même que de fait ils useraient des eaux de l'étang mis à sec, n'y ont aucun droit, pas plus que les propriétaires inférieurs n'ont un droit sur les eaux d'une source que le propriétaire supérieur laisse couler sur leurs fonds (2). Il en serait ainsi lors même que le propriétaire de l'étang en céderait les eaux à un propriétaire inférieur, et les conduirait jusqu'au fonds de celui-ci par le lit desséché d'une rivière; le riverain de ce ruisseau desséché ne pourra pas se servir des eaux de l'étang, car ces eaux ne deviennent pas des eaux publiques, elles ne coulent pas dans le lit desséché par l'effet d'une cause naturelle et permanente; elles y passent en vertu d'une convention, dans un intérêt privé, et en vertu d'un travail sans lequel elles seraient restées dans l'étang; ce sont donc toujours des eaux de l'étang, transportées dans un fonds inférieur au profit du concessionnaire, qui seul y a un droit. Il n'y a pas là d'eau courante, ni par conséquent de riverain qui puisse réclamer les droits que l'article 644 accorde à ceux dont une eau courante borde ou traverse les héritages (3).

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1422. En sens contraire, Dalloz, au mot *Eaux*, n° 251; Demolombe, t. XI, p. 149, n° 122; Aubry et Rau, t. III, p. 46 et note 2.
(2) Metz, 28 avril 1824 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 263).
(3) Arrêt de rejet du 21 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 341). Aubry et Rau, t. III, p. 46, note 4.

La cour de cassation qui l'a décidé ainsi fait une réserve : l'eau est restée une eau privée, dit l'arrêt, puisqu'elle ne s'est mêlée à aucune autre eau dans le lit desséché. Faut-il conclure de là que si les eaux de l'étang se mêlent à d'autres eaux, les riverains auront le droit de s'en servir? L'affirmative n'est pas douteuse si les eaux sorties de l'étang se jettent dans une rivière. Les riverains ont un droit sur la rivière, en vertu de l'article 644, et ils ne peuvent pas perdre ce droit parce que les eaux de l'étang s'y mêlent. Mais que faut-il décider si l'étang lui-même est formé d'eaux qui sont toutes ou en partie publiques? Si l'étang a été formé avec les eaux d'une rivière qui traverse l'héritage où il est construit, il n'y a pas de doute; l'article 644 est formel, le propriétaire peut user de l'eau, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire (1). En est-il de même si l'étang était formé en partie d'eaux appartenant au maître du fonds et en partie d'eaux qui proviennent de ruisseaux supérieurs? Un arrêt récent de la cour de cassation a décidé que l'étang est la propriété privée de celui dans le fonds de qui il existe, quelle que soit la provenance des eaux, même quand il s'y mêlerait des eaux de ruisseaux supérieurs (2). Cette décision nous paraît trop absolue; elle s'attache exclusivement à l'article 558 et ne tient aucun compte de l'article 644. Sans doute il résulte de l'article 558 que le lit de l'étang appartient au propriétaire du fonds, puisque le lit n'est autre chose que le fonds. Est-ce à dire que les eaux qui servent à former l'étang deviennent aussi sa propriété exclusive par cela seul qu'elles couvrent l'étang? Cette question n'est pas décidée par l'article 558, elle l'est par les principes qui régissent la propriété des eaux. Si les eaux sont des eaux de pluie ou de source, évidemment elles restent propriété privée quand elles sont employées à construire un étang. Mais il est tout aussi évident que si un cours d'eau traversant un héritage est transformé en étang, le propriétaire de l'étang n'en peut retenir les eaux sans violer

(1) Arrêt de rejet du 20 février 1839 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n°,393). Aubry et Rau, t. III, p. 47, note 5.
(2) Arrêt de cassation du 19 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 168).

l'article 644. De là suit que le propriétaire de l'étang ne devient pas propriétaire absolu des eaux qui proviennent de ruisseaux supérieurs et qui servent à remplir l'étang : il peut user de ces eaux, comme nous le dirons plus loin, il ne peut pas les absorber.

251. Ce que nous venons de dire décide la question de savoir si l'article 645 est applicable aux contestations qui s'élèvent entre le propriétaire de l'étang et les riverains sur l'usage des eaux. Quand les eaux qui forment l'étang sont des eaux de source ou de pluie dont le maître du fonds a la disposition absolue, il ne peut pas s'agir de l'article 645, lequel suppose que tous les riverains ont des droits égaux sur les eaux dont ils se disputent l'usage. Par contre, si l'étang est formé en tout ou en partie d'eaux provenant de ruisseaux supérieurs, les riverains peuvent réclamer l'usage des eaux en vertu de l'article 644, et par suite il y a lieu de concilier les droits divers qui se heurtent ; c'est précisément dans ce conflit que l'article 645 accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire.

252. Les propriétaires riverains peuvent-ils acquérir un droit de prise d'eau sur l'étang? Oui, et sans doute aucun. Le propriétaire de l'étang, nous le supposons, a un droit absolu sur ses eaux; ce droit peut être modifié, limité par des servitudes, comme toute propriété. Le propriétaire peut concéder l'usage des eaux en grevant l'étang d'une servitude au profit d'un riverain. Ce qui peut se faire par titre peut aussi se faire par destination du père de famille, puisqu'il s'agit d'une servitude de conduite d'eau, laquelle est continue et nous la supposons apparente. Par la même raison, la servitude peut s'établir par prescription. On appliquera par analogie les articles 641 et 642. Il y a un cas où l'analogie est une identité ; c'est quand l'étang est formé des eaux d'une source, l'article 641 est alors applicable à la lettre; nous avons vu qu'il l'est aussi quand il s'agit d'eaux pluviales (n° 230). Plus loin nous dirons que la jurisprudence applique ces principes aux canaux artificiels qui servent au roulement d'une usine ; ces arrêts reçoivent leur application aux étangs (1).

(1) Arrêt de rejet du 27 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 127).

253. Les eaux ne sont pas toujours bienfaisantes pour les voisins; il arrive parfois que les inondations ravagent les fonds riverains. De là la question de savoir si le propriétaire de l'étang est responsable du dommage qui en résulte. Il règne une grande incertitude sur ce point dans la doctrine. L'affirmative n'est pas douteuse lorsqu'il y a la moindre faute à reprocher au propriétaire de l'étang; on applique alors l'article 1383, aux termes duquel toute personne est responsable du dommage qu'elle a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. Mais on suppose qu'il n'y a pas de faute. Par suite d'une crue extraordinaire, les eaux débordent, c'est-à-dire qu'elles dépassent la limite où s'arrête la propriété du maître de l'étang : celui-ci sera-t-il responsable? La question doit être décidée d'après les principes qui régissent le droit de propriété. Si l'on s'en tenait au texte de l'article 544, il n'y aurait pas même de question. Le propriétaire, dit la loi, a le droit de jouir de sa chose de la manière la plus absolue. Il lui plaît de construire un étang dans son fonds, il en a le droit. Cet étang est construit d'après les règles de l'art; par lui-même il ne cause aucun dommage aux voisins. Mais vient une crue accidentelle qui inonde et ravage les fonds riverains. Le propriétaire ne peut-il pas dire : J'ai usé de mon droit en creusant un étang dans mon fonds, et par là je n'ai lésé aucun droit de mes voisins, donc je ne suis pas responsable du dommage que les eaux leur causent; ce dommage ne provient pas de mon fait, il provient de la nature, c'est un événement fortuit et de force majeure qui nuit à celui qu'il frappe. Tel est notre avis; c'est l'application des principes que nous avons posés au titre de la *Propriété* (1).

Il y a des opinions divergentes. Chardon enseigne que le propriétaire de l'étang est toujours responsable. Vainement, dit-il, on invoque en sa faveur le cas fortuit; la cause première qui a donné lieu à l'inondation, c'est l'établissement de l'étang; sans ce réservoir artificiel, les eaux n'auraient pas produit le dommage qu'elles ont causé. Par con-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 181, n°s 136 et suiv.

séquent ce dommage lui est imputable : pourquoi n'a-t-il pas élevé son déversoir de manière à ne jamais nuire aux propriétés voisines (1)? Cette doctrine, d'une rigueur extrême, est en opposition avec les principes que nous venons de rappeler. Le propriétaire a usé de son droit en construisant un étang; a-t-il lésé par là le droit de son voisin? Si oui, il est responsable; si non, il ne l'est pas. Or, en quoi le droit des voisins est-il lésé? ne restent-ils pas libres de jouir et de disposer de leur propriété? Ils sont exposés, il est vrai, à un dommage éventuel, auquel ils ne seraient pas sujets s'il n'y avait pas d'étang dans le voisinage. Mais tel est l'effet nécessaire de la coexistence des hommes dans l'état de société. Le danger existe par le fait seul de la construction d'une maison; il augmente quand au lieu d'une maison on construit une fabrique, ou quand il s'établit dans le voisinage un dépôt de matières inflammables. Si les conséquences éventuelles de la vie sociale donnaient lieu à une action en dommages-intérêts, les procès seraient sans nombre et sans fin (2).

M. Demolombe propose une distinction : il n'accorde pas d'action en dommages-intérêts pour les inondations extraordinaires, mais il déclare le propriétaire responsable pour les crues ordinaires et périodiques (3). Cette opinion n'est-elle pas en contradiction avec la présomption que l'article 558 établit en faveur du propriétaire de l'étang? D'après l'interprétation de la cour de cassation, il est légalement présumé avoir la propriété des terrains qui sont couverts par les crues ordinaires et périodiques de la saison d'hiver; donc ces crues ou ces inondations d'hiver ne s'étendent pas sur les terrains appartenant aux voisins; partant il ne peut s'agir de dommages-intérêts à raison de ces inondations.

(1) Chardon, *Traité de l'alluvion*, etc., t. III, n° 22.
(2) Daviel, *Des cours d'eau*, t. III, n° 819.
(3) Demolombe, t. X, p. 31, n°s 36-42.

N° 4. DES EAUX COURANTES.

I. *Propriété des eaux courantes.*

a) *Rivières navigables.*

254. Nous avons dit ailleurs que le code civil considère les fleuves et rivières navigables ou flottables comme une dépendance du domaine public (1) (art. 538). Il suit de là que les riverains n'y ont aucun droit; étant destinés à l'usage de tous, ces cours d'eau ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. Ce sont les termes de l'article 538. Ce principe a été établi par la loi du 28 septembre 1791, que l'on appelle d'ordinaire le code rural, mais le législateur de 91 en tirait une autre conséquence. « Nul, dit-il (titre I, sect. I, art. 4), ne peut se prétendre propriétaire exclusif d'une rivière navigable ou flottable. En conséquence, tout propriétaire riverain peut, en vertu du droit commun, y faire des prises d'eau, sans néanmoins en détourner ni embarrasser le cours d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie. » Cette disposition fut entendue en ce sens que les riverains pouvaient, sans autorisation aucune, pratiquer des prises d'eau sur les voies navigables. De là les plus graves abus. On lit dans l'arrêté du 9 ventôse an VI, pris par le Directoire exécutif : « Les rivières navigables et flottables sont, dans la plupart des départements de la république, obstruées par des batardeaux, écluses, chaussées, etc. De là résultent non-seulement l'inondation des terres riveraines et l'interruption de la navigation, mais l'atterrissement même des rivières et canaux navigables, dont le fond, ensablé ou envasé, s'élève dans une proportion effrayante. Une plus longue tolérance de cet abus ferait bientôt disparaître le système entier de la navigation de la république, qui, lorsqu'il aura reçu tous ses développements par des ouvrages d'art, doit porter l'industrie et l'agriculture de la France à un point auquel nulle autre nation ne saurait atteindre. »

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 15, n[os] 8 et suiv.

Le Directoire rappela les ordonnances anciennes et les lois portées depuis la Révolution, qui toutes exigeaient l'intervention de l'administration pour autoriser les prises d'eau dans une rivière navigable. Ce principe est consacré implicitement par l'article 644 du code civil, lequel ne donne de droit aux riverains que sur les eaux courantes *autres que celles qui sont déclarées dépendance du domaine public par l'article* 538. C'est dire qu'en principe les riverains des fleuves navigables n'ont aucun droit sur ces eaux. Toutefois le code n'entend pas proscrire tout usage des voies navigables dans l'intérêt des riverains; bien qu'elles soient destinées essentiellement à la navigation, ce service n'exigeant qu'un certain volume d'eau, l'excédant, s'il y en a, peut être utilisé par les riverains, soit pour l'irrigation des terres, soit pour la marche des usines : l'agriculture et l'industrie sont aussi des intérêts généraux; on doit les concilier avec les besoins de la navigation; il serait absurde de sacrifier l'un de ces intérêts à l'autre, puisque les voies navigables, de même que toutes les voies de communication, ne sont qu'un instrument pour le développement de l'agriculture, de l'industrie et du commerce.

255. Les rivières navigables n'étant pas susceptibles d'appropriation, les concessions que l'administration fait aux riverains ne peuvent pas transmettre à ceux-ci un droit de propriété sur les eaux : toute concession reste subordonnée à l'intérêt général, dont le gouvernement est le gardien. De là suit que les concessions faites aux riverains sont toujours révocables; et si elles sont révoquées, l'Etat ne doit aucune indemnité aux riverains, car il ne leur enlève aucun droit. La cour de cassation de Belgique a déduit de là cette conséquence que les riverains n'ont pas d'action possessoire contre l'Etat. En effet, les actions possessoires ne peuvent être formées que par ceux qui possèdent à titre non précaire (code de procédure, art. 23), et la possession des riverains d'un cours d'eau navigable est précaire en ce sens que la concession en vertu de laquelle ils jouissent des eaux peut toujours leur être retirée. Une autre conséquence du même principe est que les riverains ne peuvent se plaindre d'être troublés dans leur

possession, lorsque le gouvernement fait des travaux dans les fleuves navigables, dans un but d'utilité générale ; c'est son droit et son devoir, et on ne peut lui objecter qu'en causant un préjudice aux riverains, il lèse leurs droits, car ils n'ont pas de droit à opposer à l'Etat de qui ils tiennent leur jouissance précaire (1).

Dans l'affaire soumise à la cour de cassation, le ministère public avait pris des conclusions contraires. Il lui semblait que les concessions faites aux riverains leur conféraient un droit réel, droit qui ne pouvait leur être enlevé que moyennant une juste et préalable indemnité, puisqu'il en résultait une expropriation pour cause d'utilité publique. C'était méconnaître la nature de ces concessions et les droits que l'Etat a comme gardien du domaine public. Les rivières navigables ne sont pas dans le commerce, le gouvernement ne peut pas les aliéner ; il ne peut donc pas les grever d'un droit réel, car le droit réel est un démembrement de la propriété ; donc la concession d'un droit réel est une aliénation partielle, et l'Etat n'a pas plus le droit d'aliéner les eaux navigables partiellement que totalement. Puisque les riverains n'ont pas de droit réel sur les rivières navigables, on ne peut pas dire que l'Etat les exproprie, quand il leur enlève une jouissance qu'il ne leur avait accordée que sous la réserve de modifier ses concessions et de les révoquer même, si l'utilité publique l'exigeait.

256. Le gouvernement a le droit et le devoir d'améliorer le cours des rivières navigables dans un but d'utilité générale (2). En établissant un barrage, il supprime ou diminue le bienfait de l'irrigation naturelle que les eaux procuraient aux fonds riverains; il leur cause par là un dommage : est-il tenu de le réparer? La cour de Bruxelles a décidé la question en faveur des riverains de l'Escaut. Elle a vu dans la diminution de valeur des propriétés riveraines, conséquence immédiate des travaux qui empêchent l'irrigation, une véritable expropriation partielle de

(1) Arrêt de cassation du 14 novembre 1844 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 408).
(2) Loi des 12-20 août 1790, chapitre VI; loi des 26 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 16.

la propriété utile des riverains, expropriation qui leur est aussi préjudiciable que si l'Etat les avait privés matériellement d'une partie de leur chose. Cette décision a été cassée sur les conclusions conformes de l'avocat général. Celui-ci a fait justice des subtilités sur lesquelles la cour avait fondé sa doctrine. Dans l'espèce, il n'y avait pas de concession faite aux riverains par le gouvernement; l'Etat était donc dans sa liberté complète. On lui opposait quoi? La jouissance immémoriale que les inondations du fleuve procuraient aux riverains. En supposant que ce fût là un octroi de la nature, confirmé par le silence de l'administration, cette concession tacite ne donnait pas aux riverains un droit qu'une concession expresse ne pourrait leur conférer. Mais comment voir un droit là où il n'y a que simple tolérance de l'administration? Quant au bienfait de la nature, la loi ne le reconnaît pas à titre de droit, puisque en plaçant les rivières navigables dans le domaine public, elle dénie aux riverains tout droit d'user de leurs eaux. Et là où il n'y a pas de droit, peut-il être question d'expropriation (1)?

La vraie difficulté était celle-ci : l'Etat peut-il, en administrant le domaine public, causer un dommage aux particuliers, sans être tenu de le réparer? Ce que nous venons de dire préjuge la réponse. Celui qui a le droit de faire ce qu'il fait n'est pas responsable des conséquences de son fait, à moins qu'il ne lèse un droit de celui qui se plaint du dommage qu'il éprouve. Tel est le principe. L'application du principe ne souffre aucune difficulté dans l'espèce. Le gouvernement avait plus que le droit, il avait le devoir d'améliorer le cours de l'Escaut; il a causé par là un dommage aux riverains, en arrêtant les inondations qui fertilisaient leurs terres. A-t-il lésé un droit qui leur appartient? Non; cela est décisif. Dès lors il ne pouvait s'agir d'expropriation. C'est un abus de mots que de parler d'expropriation là où la propriété reste entière, bien qu'elle

(1) Bruxelles, 30 mai 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 366). Arrêt de cassation du 7 novembre 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 94). Voyez les conclusions de M. l'avocat général Faider (*ibid.*, p. 98). Il y a deux arrêts de la cour de Liége, du 15 août 1850 et du 10 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 79, et 1852, 2, 228), que l'on pourrait invoquer en faveur de l'opinion contraire.

diminué de valeur. C'est une question de dommage et non d'expropriation.

257. Ces principes s'appliquent aussi au domaine public de la province et de la commune. Nous en trouvons un exemple remarquable dans un arrêt de la cour de Dijon. Une source jaillit au bas d'un coteau dans une propriété privée. Les eaux qui en découlent sont reçues dans un aqueduc et alimentent une pièce d'eau destinée à abreuver les bestiaux et à laver le linge des habitants. Avant 1842, les eaux s'écoulaient dans le lit qu'elles s'étaient creusé sur la rue. L'un des riverains les détourna sur son fonds. Formaient-elles un ruisseau dans le sens de l'article 644, ou faisaient-elles partie du domaine public de la commune? La cour décida que les eaux appartenaient à la commune, que si elle n'en avait pas prescrit l'usage, elle avait le droit de l'obtenir en vertu de l'article 643 du code civil. De là l'arrêt conclut que les eaux étant nécessaires à la commune, elles devaient être mises au rang des choses imprescriptibles et inaliénables énumérées dans l'article 538. D'où la conséquence forcée qu'elles ne pouvaient faire l'objet que de concessions temporaires et révocables, tant qu'elles coulaient sur le sol appartenant à la commune. Le maire avait autorisé en 1842 un riverain à détourner les eaux; plus tard, un autre maire révoqua cette concession. Il ne restait donc au riverain que le droit commun de l'article 644; or, il ne pouvait l'invoquer d'abord parce que sa propriété n'était pas contiguë à la rivière, ensuite parce que la rivière était hors du commerce, comme formant partie du domaine public de la commune (1).

Il y a dans cet arrêt un mélange d'erreurs et de vérités. Il n'est pas exact de dire que l'article 643 donne aux communes la propriété des eaux qui sont nécessaires aux habitants; ils n'ont que le droit de s'en servir pour leurs besoins, et par conséquent dans la limite de leurs besoins: c'est une simple servitude qui grève le fonds où la source prend naissance. Quand la source devient une eau courante, elle est régie par l'article 644, aux termes duquel

(1) Dijon, 23 janvier 1867 (Dalloz, 1867. 2. 216).

les riverains peuvent se servir des eaux. Si le ruisseau coule sur la voie publique, deviendra-t-il par là partie du domaine public, et imprescriptible à ce titre? Sans doute tant que le ruisseau coule dans un lit qu'il s'est creusé dans la voie publique, il est à la disposition de la commune, en ce sens que la commune peut s'en servir; mais peut-on dire que les eaux participent au caractère d'imprescriptibilité de la rue où elles coulent? Cela est au moins douteux. On ne peut pas prescrire la voie publique contre la commune qui a la gestion de cette partie du domaine public; mais les eaux ne sont pas une voie publique, elles ne servent pas à l'usage de tous, elles servent aux riverains. Si les propriétaires ne sont pas riverains, comme dans l'espèce jugée par la cour de Dijon, ils ne peuvent pas invoquer l'article 644, cela va sans dire. Mais s'ils sont riverains, nous croyons qu'ils peuvent se servir des eaux, en vertu de l'article 644 et en observant les règlements sur la voirie. La circonstance que les eaux coulent sur une voie publique ne les fait pas entrer dans le domaine public, si par leur nature elles sont aliénables et prescriptibles. Nous verrons plus loin si telle est la condition des cours d'eau non navigables.

b) *Des cours d'eau artificiels.*

258. Il y a des cours d'eau artificiels qui appartiennent au domaine public, ce sont les canaux de navigation. Nous en avons parlé ailleurs, ainsi que des canaux construits par voie de concession (1). Il y en a d'autres qui sont des propriétés privées, ce sont les canaux qui servent à amener les eaux nécessaires au roulement des usines, ou à les écouler. Ces canaux sont une dépendance de l'usine au service de laquelle ils sont destinés; dépendance tellement nécessaire, que l'on en a induit une présomption de propriété en faveur du maître de l'usine. Nous avons examiné la question au titre de la *Propriété* (2). Ici nous supposons

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 23, nº 14.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 254, nºs 186 et suiv.

que la propriété est certaine; il nous faut voir quelles sont les conséquences qui en résultent.

259. Ces canaux étant propriété privée, il faut leur appliquer les principes qui régissent la propriété privée. C'est dire que l'article 644 n'est pas applicable; le propriétaire de l'usine n'est donc pas tenu de rendre les eaux, à la sortie de ses fonds, aux propriétaires inférieurs; l'article 644, qui impose cette obligation à celui dont une eau courante traverse l'héritage, suppose que l'eau a un cours naturel, ce qui exclut les eaux d'un canal de fuite. La cour de cassation a décidé en conséquence que les propriétaires inférieurs n'avaient aucun droit à ces eaux; cela paraît si évident qu'on ne conçoit pas que la question ait été portée devant la cour suprême. On se prévalait, dans l'espèce, de ce que le propriétaire de l'usine avait dérivé les eaux du canal d'amont et du canal de fuite d'un cours d'eau non navigable; ces eaux conservaient, disait-on, leur caractère d'eaux courantes, bien qu'elles coulassent dans un canal fait de main d'homme; donc elles étaient soumises à la disposition de l'article 644. Sans doute si un propriétaire riverain, en vertu du droit que lui donne l'article 644, use des eaux qui traversent son fonds, moyennant un canal de dérivation, il doit les rendre à la rivière, à la sortie de ses fonds, et par suite les riverains inférieurs pourraient réclamer, si le propriétaire du canal ne rendait pas les eaux à leur cours naturel. Mais telle n'était pas l'espèce; c'était un propriétaire en aval du canal de fuite qui revendiquait l'usage de ses eaux, sans être riverain de la rivière sur laquelle était établie la prise. Dès lors on n'était plus dans les termes de l'article 644, on rentrait sous l'empire des principes généraux qui régissent la propriété (1).

Dans une autre espèce jugée par la cour de cassation, le propriétaire de l'usine qui avait dérivé les eaux d'une rivière à l'aide d'un canal artificiel, et qui était riverain tout ensemble du canal et de la rivière, avait établi dans ce canal une prise d'eau pour l'irrigation de ses propriétés. Les riverains inférieurs, également propriétaires d'usines

(1) Arrêt de rejet du 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 411).

alimentées par la rivière, se plaignirent de ces travaux et en demandèrent la destruction. La cour décida que le propriétaire supérieur, étant riverain du cours d'eau qui alimentait le canal, pouvait, aux termes de l'article 644, se servir des eaux du canal pour l'irrigation de ses propriétés (1). Cette décision paraît d'abord en contradiction avec la précédente, puisqu'elle applique aux eaux dérivées, coulant dans un canal privé, les principes qui régissent les eaux courantes. Mais la question à décider était tout autre; il s'agissait, dans la première espèce, des propriétaires inférieurs non riverains, qui évidemment ne pouvaient invoquer le bénéfice de l'article 644; tandis que dans la dernière c'étaient des riverains qui réclamaient contre une prise d'eau faite dans le canal de bief, laquelle diminuait le volume d'eau qui leur était nécessaire. Il fallait, pour repousser leurs réclamations, constater que le propriétaire du canal avait eu le droit de faire cette prise d'eau en sa qualité de riverain; peu importait en effet qu'il la fît directement dans la rivière ou dans un canal dérivé. Puis il fallait établir que cette prise d'eau ne nuisait pas aux riverains inférieurs; car, s'agissant des eaux d'une rivière, il fallait appliquer les articles 644 et 645, en vertu desquels les riverains n'ont qu'un droit limité sur les eaux, et les tribunaux doivent en répartir l'usage entre eux de manière à concilier les divers intérêts.

260. Du principe que les cours d'eau artificiels sont une propriété privée, suit que les riverains des canaux n'y peuvent exercer aucun droit. Les eaux courantes dont parle l'article 644 sont les cours d'eau naturels, les rivières non navigables ni flottables, rivières sur lesquelles les riverains ont une espèce de propriété, selon les uns, et qui, selon les autres, n'appartiennent à personne. Tels ne sont certes pas les canaux, alors même qu'ils sont dérivés d'un cours d'eau naturel, car par le fait de leur dérivation, les eaux sont appropriées en ce sens que le propriétaire du canal peut seul s'en servir, sauf l'obligation qui lui incombe, en vertu de l'article 644, de rendre les eaux, à la sortie de

(1) Arrêt de rejet du 7 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 182).

ses fonds, à la rivière à laquelle elles appartiennent; tant qu'elles coulent sur son fonds, il en a l'usage exclusif. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point, et il ne saurait y avoir de doute (1). Toutefois les tribunaux ont parfois cédé à des considérations d'équité, en les faisant prévaloir sur la rigueur du droit; mais la cour de cassation a toujours réprimé ces écarts. Ainsi il est arrivé que les juges du fait ont accordé aux riverains un droit sur les eaux d'un canal, en le soumettant à des conditions qui empêchaient tout préjudice pour les propriétaires d'usines; la cour de cassation a annulé la décision, en maintenant le droit de propriété de celui à qui appartiennent les eaux; c'est en effet une question de propriété et non de préjudice (2). Une autre cour avait mis à la charge du propriétaire de l'usine l'obligation de prouver que le canal n'était pas grevé d'une servitude de prise d'eau, au mépris du principe élémentaire qui consacre la liberté des fonds aussi bien que la liberté des personnes; ce n'est donc pas au propriétaire de prouver que son fonds est libre, c'est à celui qui prétend avoir une servitude sur un cours d'eau artificiel à établir le fondement de son droit (3).

261. Les riverains d'un cours d'eau artificiel n'ayant aucun droit sur les eaux, tandis que les riverains d'une rivière y ont les droits déterminés par l'article 644, il importe beaucoup de savoir si un cours d'eau est naturel ou artificiel. D'ordinaire les canaux sont des dérivations faites de main d'homme, de sorte qu'il y a en présence un canal artificiel et un cours d'eau naturel par lequel il est alimenté; dans ce cas, la question ne peut pas même s'élever.

(1) Voyez les autorités citées dans Aubry et Rau, t. III, p. 47, note 7. Demolombe, t. XI, p. 154, nº 127, et les arrêts dans Dalloz, au mot *Servitude*, nºs 240 et 241; au mot *Eaux*, nºs 357 et 359, et au mot *Prescription*, nº 152.

(2) Arrêt de cassation du 9 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Eaux*, nº 358). Un arrêt du 28 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 419) paraît décider le contraire, en reconnaissant aux habitants de la localité le droit de puiser de l'eau au canal de l'usine, d'y abreuver leur bétail et d'y laver leur linge; la cour qualifie ces droits de *naturels*, préexistant à la construction du canal, mais elle a soin de constater que le canal avait été construit autant dans l'intérêt des habitants du village qu'il traverse que dans celui des moulins. C'est donc un arrêt d'espèce et non de principe.

(3) Arrêt de cassation du 17 mars 1840 (Dalloz, au mot *Eaux*, nº 362).

Mais que faut-il décider s'il n'y a qu'un seul cours d'eau, qui, dans une partie de son cours, a un lit artificiel? Un riverain dérive les eaux d'une rivière et leur creuse un nouveau lit, afin de faire servir les eaux à l'alimentation de deux usines construites sur le canal. Plus tard les deux moulins sont séparés et une contestation s'élève entre les propriétaires sur l'usage des eaux du canal. L'un soutient que c'est un canal artificiel, dont il a la propriété exclusive; l'autre prétend qu'il s'agit d'un cours d'eau naturel. Il a été jugé par la cour d'Orléans que lorsque le canal ne fait que remplacer l'ancien lit d'une rivière, détournée de son cours naturel, il constitue une eau courante, dans le sens de l'article 644; qu'en conséquence, le propriétaire inférieur ne peut pas prétendre un droit exclusif sur les eaux, et empêcher les riverains supérieurs de s'en servir pour l'irrigation de leurs propriétés; qu'il n'a que le droit de demander un règlement d'eau conformément à la disposition de l'article 644 (1) L'arrêt n'invoque d'autre motif que le fait; la rivière n'ayant qu'un seul lit doit être considérée dans tout son cours comme une eau naturelle, régie comme telle par l'article 644.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation. Un propriétaire riverain change le cours d'une rivière pour le roulement d'une usine ; le lit nouveau n'était artificiel qu'en partie; dans un point intermédiaire, on avait conservé l'ancien lit; en ce point donc le cours d'eau était naturel, puisqu'il coulait dans un lit qui n'était point fait de main d'homme. Le propriétaire de l'usine contesta au riverain, en ce point intermédiaire, le droit de se servir des eaux, prétendant que par suite des travaux de dérivation, l'eau n'était plus une rivière, qu'elle était devenue un canal. Ces prétentions furent rejetées par la cour de Dijon, et sa décision fut maintenue sur le pourvoi en cassation (2). Il résulte de l'arrêt qu'un seul et même cours d'eau peut être dans une partie de son cours une eau naturelle régie par l'article 644, et dans une autre partie une eau artifi-

(1) Orléans, 13 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 253).

(2) Dijon, 10 août 1831, et arrêt de rejet de la chambre civile du 7 août 1839 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 365).

cielle dont le propriétaire seul dispose. Cette décision nous paraît plus juridique que celle de la cour d'Orléans. Un cours d'eau peut être soumis à des règles différentes dans ses diverses parties. Ainsi une rivière n'est navigable que dans une partie de son cours; tant qu'elle n'est pas navigable, les riverains y ont les droits déterminés par l'article 644; ils n'ont plus ces droits à partir du point où la rivière devient navigable. Une rivière canalisée entre dans le domaine public, mais seulement pour la partie qui est canalisée; là où elle est non navigable, elle appartient aux riverains, dans les limites que l'article 640 établit. De même, une rivière peut être propriété privée dans la partie de son cours où elle a un lit artificiel; le lit étant propriété du riverain, l'eau aussi doit lui appartenir; mais elle redevient propriété des riverains, ou propriété commune, comme on voudra, là où elle coule dans son lit naturel.

262. Les riverains d'un canal artificiel y peuvent-ils acquérir des droits par titre? Puisque ces canaux sont une propriété privée, ils peuvent être grevés d'une servitude par titre, aussi bien que les eaux de source et de pluie. Et la servitude peut aussi s'établir par destination du père de famille, si elle est continue et apparente, comme l'est une servitude de conduite d'eau. Ces principes sont incontestables; ils sont admis par la doctrine et la jurisprudence. Il a été jugé que le propriétaire d'une usine peut concéder une prise d'eau sur le bief du moulin; cette servitude est régie par les principes généraux qui régissent les servitudes; de sorte que, si elle a été accordée pour une affectation spéciale, par exemple pour alimenter un vivier, elle ne peut pas être étendue à un autre fonds pour l'irrigation (1).

263. Les riverains ont-ils besoin d'une concession pour satisfaire à des besoins que l'on appelle naturels, tels que le lavage, le puisage, l'abreuvage? On est très-étonné de lire dans un arrêt de la cour de cassation que le droit de propriété du maître de l'usine ne va pas jusqu'à interdire

(1) Arrêt de rejet du 5 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 336). Comparez arrêt de rejet du 25 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 493) et Demolombe, t. XI, p. 166, n° 137.

la faculté de satisfaire aux besoins naturels de l'homme. Le droit de propriété n'est-il pas un droit exclusif? Le propriétaire ne peut-il pas défendre à toute personne l'usage quelconque de sa chose? De quel droit la cour de cassation restreint-elle ce pouvoir absolu? Ces restrictions seraient des servitudes; et peut-on imposer des servitudes à un fonds au nom des besoins naturels de l'homme? Qu'importe, comme le constate l'arrêt, que l'exercice de ces facultés naturelles ne cause aucun préjudice à l'usine (1)? C'est une question de propriété et non de préjudice.

264. Les riverains peuvent-ils acquérir un droit sur les eaux par prescription? Il faut appliquer par analogie aux riverains d'un canal ce que l'article 641 dit des riverains inférieurs d'une eau de source. Il y a identité de raison. Bien entendu que la servitude doit être continue et apparente. La cour de cassation a décidé qu'un droit de prise d'eau pouvait s'acquérir par prescription sur un canal artificiel conduisant à un moulin les eaux destinées à le mettre en mouvement. Il était constaté par l'arrêt de la cour de Paris que la prise d'eau se faisait moyennant un barrage établi depuis plus de trente ans; que ce barrage avait été construit sur le canal, par des travaux apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans la propriété riveraine; que la possession réunissait tous les caractères exigés par la loi (2). La question ne présente pas le moindre doute, sauf le point de savoir sur quel fonds les travaux doivent être pratiqués. Nous avons examiné cette difficulté plus haut (n° 203). Il va sans dire que s'il s'agissait d'une servitude discontinue, elle ne pourrait pas s'acquérir par la prescription : tel serait le droit de lavoir sur un canal; ce droit ne peut être établi que par titre (3).

Ces principes s'appliquent-ils au canal de fuite aussi bien qu'au canal d'amont? La cour de Grenoble a fait une distinction. En amont, dit-elle, aucun riverain ne peut détourner les eaux du biez, si ce n'est en vertu d'un titre

(1) Arrêt de rejet du 13 juin 1827 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 241).
(2) Arrêt de rejet du 27 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 127).
(3) Jugement du tribunal de Bordeaux du 22 juillet 1861 (Dalloz, 1863, 3, 44).

ou de la prescription; mais en aval et dans les parties où le jeu de l'usine n'a pas à souffrir de l'arrosage pratiqué par les riverains, la *présomption* est que ce droit leur est laissé en compensation du dommage causé par l'établissement du canal. De là l'arrêt conclut que ce n'est pas aux riverains de justifier d'un titre ou de la prescription, pour user de la faculté d'arroser leurs fonds; ils ont pour eux la *présomption,* qui les dispense de toute preuve. C'est, au contraire, au propriétaire de l'usine à faire la preuve de son droit, s'il veut, en dessous de l'usine, retenir la possession exclusive des eaux (1). Voilà une de ces opinions qui trouvent faveur auprès des magistrats, parce qu'elles ont une apparence d'équité; ils oublient qu'ils sont les ministres de la loi. Si l'on demandait à la cour de Grenoble où elle a trouvé cette prétendue *présomption* en faveur des riverains inférieurs? Ce n'est certes pas dans la loi. Et peut-il y avoir une présomption légale sans loi? Première hérésie juridique. Il y en a une seconde. Il résulterait de cette présomption une servitude à charge du canal de fuite, ce qui conduit à la conséquence, admise par la cour, que c'est au propriétaire à établir sa libération. Ainsi en l'absence d'un texte qui crée une servitude, on force le propriétaire à prouver que son fonds est libre!

265. Il se présente encore une autre difficulté dans l'application des principes que nous venons de poser. On demande si le propriétaire de l'usine peut céder à des tiers non riverains des prises d'eau dans le canal du moulin, pour l'irrigation de leurs propriétés non riveraines. La cour de Nîmes a décidé la question affirmativement, mais l'arrêt ajoute que c'est au tribunal à vérifier si le volume d'eau est suffisant pour que la concession puisse être exercée, même dans la saison de l'étiage, sans nuire aux droits des autres riverains dont le canal traverse les terres (2). Cette réserve est en contradiction avec la disposition de l'arrêt qui reconnaît au propriétaire de l'usine un droit *exclusif* aux eaux; s'il en a la propriété exclusive, les ri-

(1) Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).
(2) Nîmes, 6 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209).

verains sont sans droit, partant les tribunaux n'ont pas le pouvoir de conciliation que leur donne l'article 645 quand il s'agit d'une eau courante. Mais est-il vrai, comme le dit la cour, que le propriétaire de l'usine soit nécessairement propriétaire des eaux du canal? Il peut n'avoir sur ces eaux qu'un droit de servitude, et dans ce cas certainement il n'a pas le droit d'en disposer, pas plus au profit d'un riverain qu'au profit d'un non-riverain. Alors même qu'il a la propriété des eaux, il peut n'en avoir pas la propriété exclusive; s'il les a dérivées d'un cours d'eau naturel, il est tenu de les rendre à la rivière à laquelle il les a empruntées; dans ce cas, il ne peut pas les concéder à un non-riverain au préjudice des propriétaires qui sont riverains du cours d'eau. Le droit de concession ne se concevrait donc que si le maître du canal avait la propriété absolue des eaux, sans que des propriétaires inférieurs pussent réclamer aucun droit. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut des eaux de source (n°s 190 et suiv.) et des eaux de pluie (n° 230).

266. Il y a des canaux artificiels que la jurisprudence considère comme des cours d'eau naturels, dans le sens de l'article 644. Ce sont les canaux établis avant 89 par les propriétaires d'un moulin, non en cette qualité, mais en qualité de seigneurs justiciers; les seigneurs avaient la police des eaux non navigables, c'était un débris de leur ancienne souveraineté; agissant comme souverains, ils étaient censés établir le canal, non dans l'intérêt de leur moulin, mais dans l'intérêt de tous les riverains. De là suit que les canaux ne devenaient pas une propriété privée, et par suite les riverains y pouvaient exercer les droits que l'article 644 a consacrés, et naturellement ils peuvent encore les exercer sous l'empire du code civil (1). Cela est admissible quand il est prouvé que le canal a été construit par un seigneur en cette qualité; mais quand il était tout ensemble seigneur justicier et propriétaire d'une usine, comment savoir en quelle qualité il a agi? Les cours déci-

(1) Arrêt de rejet du 31 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 228); Grenoble. 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

dent la question en fait; mais pour décider il faut des preuves, et on n'en allègue aucune. Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent les preuves. C'est donc à ceux qui prétendent qu'un canal artificiel est un cours d'eau public à le prouver.

267. La preuve peut être difficile, impossible même. Peut-on avoir recours, dans ce cas, à des présomptions de fait? Voici l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation. Un canal artificiel sert à l'exploitation d'une usine; mais avant d'arriver à l'usine, il parcourt une étendue de deux kilomètres, et dans ce long parcours tous les riverains s'en servent; de plus il est constaté que le canal est formé de la réunion de divers ruisseaux dont la direction naturelle a été modifiée par des travaux très-anciens. Est-ce un bief, ou est-ce une eau courante? La cour de cassation a décidé que, des circonstances ainsi constatées, la cour d'appel avait pu tirer la conséquence *légale* que les eaux conservaient dans tout leur cours, malgré les travaux faits de main d'homme pour les contenir dans un lit régulier, le caractère d'eaux courantes dans le sens de l'article 644; d'où la conséquence que les propriétaires dont elles traversaient les héritages ne pouvaient s'en servir que sous la condition de les rendre à leur cours ordinaire. La cour entre ici dans un ordre d'idées que nous avons combattu au titre de la *Propriété* (1). La jurisprudence admet que les canaux faits de main d'homme pour servir à l'alimentation d'un moulin sont *présumés* faits par le propriétaire du moulin et lui appartenir; mais cette *présomption* n'est admise que si les travaux ont été faits exclusivement dans son intérêt. La présomption n'est plus applicable, dit la cour de cassation, lorsque les travaux existent sur un cours d'eau d'une étendue considérable, servant à l'usage de plusieurs usines et aux besoins des habitants. Dans de telles circonstances, conclut l'arrêt, le canal ou lit du cours d'eau n'est autre que le cours d'eau lui-même, et l'usine qui, en dernier lieu, en reçoit les eaux, n'en fait usage qu'au même titre que les autres riverains (2). C'est, en défi-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 255, nº 187.
(2) Arrêt de rejet du 26 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 139).

nitive, décider une question de propriété par des présomptions de fait. Il est certain que, d'après la rigueur des principes, cela est inadmissible, les présomptions de l'homme ne pouvant être invoquées que dans les cas où la loi permet la preuve testimoniale (art. 1353). C'est un de ces débats dans lesquels la force des choses l'emporte sur la légalité; à moins qu'on n'admette qu'il y a impossibilité pour les riverains actuels de se procurer une preuve littérale : dans ce cas la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions sont admissibles.

c) *Des rivières non navigables.*

268. Nous avons exposé ailleurs la controverse concernant la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables (1). Dans notre opinion, ils appartiennent aux riverains, mais leur droit n'est pas la propriété absolue que l'article 544 définit; c'est une propriété limitée, en ce sens que la nature destine les eaux courantes à l'usage de tous les riverains, et la loi consacre le vœu de la nature. Telle était déjà la doctrine de l'ancien droit. « En rivière, dit Coquille, et autres héritages publics, le droit de chacun est d'en user tellement, que l'usage des autres n'en soit empêché (2). » Les usurpations de la féodalité avaient dépouillé les riverains d'un droit que le Créateur lui-même leur a donné; toutefois les coutumes limitèrent les droits des seigneurs dans l'intérêt des riverains. On lit dans la coutume de Normandie (art. 206) : « Les seigneurs, quoique réputés propriétaires des rivières, ne peuvent en détourner les eaux qu'à la charge de les rendre, à l'issue de leurs fiefs, à leur cours ordinaire et sans dommage d'autrui. » L'article 644 du code Napoléon reproduit cette disposition presque dans les mêmes termes. C'est sans doute pour mieux assurer les droits des riverains que la jurisprudence se refuse à leur reconnaître la propriété des rivières non navigables. En effet, le droit de propriété est envahissant de sa nature, il tend nécessairement à deve-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 25, nos 15 et suiv.
(2) Guy-Coquille, *Coutume du Nivernais*, titre *des Maisons*, art. 2.

nir exclusif; or, l'usage des eaux ne saurait être exclusif, cette appropriation étant en opposition avec les lois de la nature. C'est en ce sens que la cour de cassation proclame que l'eau courante est une chose commune entre ceux dont elle longe ou traverse les héritages (1). La nature, il est vrai, en donne d'abord l'usage au riverain supérieur, mais il ne peut pas absorber les eaux au préjudice des riverains inférieurs, parce qu'ils ont un droit égal au sien : il ne faut pas, dit la cour suprême, que le droit de tous devienne le privilége d'un seul. De là ce principe également consacré par la jurisprudence que la pente des cours d'eau n'est pas susceptible de propriété privée; d'où la conséquence que le propriétaire dont les fonds sont traversés par une rivière ne peut pas demander, à titre de droit absolu, que la retenue d'une usine située en aval soit abaissée de manière qu'aucun remous ne se fasse sentir le long de sa propriété : le droit de l'un des riverains est nécessairement modifié et limité par le droit égal de l'autre (2).

269. De là, la jurisprudence conclut que les rivières non navigables sont inaliénables et imprescriptibles (3). Ce n'est pas que ces rivières soient placées dans le domaine public et qu'elles soient, comme telles, hors du commerce. L'article 644 établit une distinction précise entre les rivières navigables qui sont considérées comme une dépendance du domaine public, et les rivières non navigables qui n'appartiennent pas au domaine public; les riverains des premières n'y peuvent exercer aucun droit que par voie de concession, tandis que les autres ont le droit de se servir des cours d'eau qui bordent ou traversent leurs héritages; et c'est parce que tous ont ce droit qu'aucun d'eux ne peut disposer de la rivière, comme un propriétaire peut disposer de sa chose. Les arrêts qui posent le principe en tirent la conséquence que les riverains ne peuvent opposer ni titre ni prescription contre les règlements pris par l'ad-

(1) Arrêts de cassation du 17 et du 4 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 73 et 74).

(2) C'est la jurisprudence constante du conseil d'Etat. Nous nous bornons à citer le décret le plus récent du 18 avril 1866 (Dalloz, 1869, 3, 63). Comparez Dalloz, au mot *Eaux*, nos 419 et 420.

(3) Bruxelles, 8 juin 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 319).

ministration dans l'intérêt de tous ; voilà encore un caractère de cette propriété limitée qui appartient aux riverains, c'est qu'elle est subordonnée au droit que l'Etat exerce sur les cours d'eau, navigables ou non, dans l'intérêt général. Nous y reviendrons. En ce sens, la cour de cassation de Belgique dit que « l'usage des eaux courantes est subordonné à l'intérêt général, auquel doivent céder les intérêts particuliers (1). »

270. Nous avons déjà dit que, dans l'ancien droit, ces principes n'étaient pas observés, pas même pour les canaux de navigation. L'Etat, c'est-à-dire le prince dans la personne duquel l'Etat se concentrait, disposait des voies navigables ou non; et les seigneurs justiciers faisaient de leur côté des concessions en vertu de leur souveraineté féodale. Les droits de propriété conférés par ces actes peuvent-ils encore être invoqués par les concessionnaires, sous l'empire de notre code qui ne reconnaît plus de propriété absolue sur les eaux? La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour maintenir les droits des propriétaires. Les lois qui ont aboli la féodalité sont étrangères aux actes de *souveraineté;* il ne s'agit pas, dans l'espèce, de rapports entre suzerain et vassal, il s'agit de l'exercice du *pouvoir souverain,* tel qu'il était organisé sous l'ancien régime. Les actes de souveraineté subsistent, sauf abrogation par une loi nouvelle. Or, il n'y a pas de loi qui enlève les droits de propriété concédés par nos anciens souverains ou par les seigneurs en leur qualité de souverains féodaux. Cela décide la question (2).

La cour de cassation admet une exception à ces principes pour les moulins construits par d'anciens seigneurs. On suppose que ces moulins sont restés en leur possession jusqu'à la publication des lois qui ont aboli tous les droits féodaux. La conséquence de cette abolition sera que les propriétaires de ces moulins ne jouiront plus du droit exclusif sur les eaux qui appartenait aux seigneurs justiciers

(1) Arrêt de rejet du 8 janvier 1842 (*Pasicrisie,* 1842, 1, 110).
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 54, note 39, et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude,* n° 231 et au mot *Lois,* n° 91, 2°.

sur les cours d'eau non navigables (1). En effet, la jouissance exclusive des eaux était un des abus féodaux que la révolution de 89 a abolis jusque dans leurs derniers vestiges. Cette distinction entre les droits féodaux abolis, et les droits de propriété privée émanant de la puissance féodale au profit de particuliers non vassaux, peut paraître subtile, elle est néanmoins juridique.

La question de preuve offre quelque difficulté dans l'application des principes consacrés par la jurisprudence. C'est naturellement à celui qui invoque une concession antérieure à 89 à prouver son droit, sauf ensuite aux tribunaux à apprécier la nature et la portée de la concession, d'après les distinctions que nous venons d'établir. S'il n'y avait pas de preuve littérale, la prescription trentenaire, accomplie avant 89, pourrait être invoquée; elle prouverait en effet qu'il y avait une concession, puisque sous l'ancien régime les riverains ne pouvaient établir d'usine qu'en vertu d'une concession émanée des seigneurs, soit en leur qualité de propriétaires, soit en leur qualité de seigneurs ayant la police des eaux (2).

II. *Droits des riverains des rivières non navigables.*

a) *Qui est riverain?*

271. L'article 644 dit que celui dont la propriété *borde* une eau courante peut s'en servir à son passage, et que celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt. Dans l'un et l'autre cas, la loi n'accorde de droit sur les eaux qu'à celui qui en est riverain. Qui est riverain? c'est-à-dire qui a droit aux eaux? L'article 644 répond que c'est celui dont le fonds borde une eau courante ou dont cette eau traverse l'héritage. Tel est le principe posé par la loi elle-même, il nous servira à

(1) Arrêt de cassation du 21 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 252, 4°).

(2) Voyez, en ce sens, une lettre du ministre de l'intérieur, de 1804, rapportée par Pardessus, t. Ier, p. 232, n° 95, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 55, note 40.

décider les difficultés qui se présentent dans l'application de l'article 644.

Il ne s'applique pas, sans doute aucun, aux propriétaires inférieurs qui sont riverains d'un canal artificiel, sans l'être de la rivière d'où l'on a dérivé les eaux; ils ne peuvent pas demander que le propriétaire du canal leur transmette les eaux après qu'il s'en est servi, car ils ne sont pas riverains. Le texte de l'article 644 n'est pas applicable, ni l'esprit de la loi; car si la nature donne les eaux à tous, cela veut dire qu'elle les donne à ceux dont les héritages touchent à l'eau; elle ne les donne certes pas aux non-riverains, puisqu'ils sont dans l'impossibilité naturelle d'en profiter.

272. Il en est de même lorsqu'un héritage est séparé du cours d'eau par un chemin public. On ne peut pas dire que ce fonds borde une eau courante, et moins encore que l'eau traverse le fonds; donc on n'est pas dans les termes de l'article 644. Le propriétaire ne peut pas davantage invoquer l'esprit de la loi; de quelque manière que l'on considère le droit des riverains, il suppose qu'ils sont contigus. Est-ce une propriété, le lit sera l'accessoire du fonds dont il est la continuation; or, dans l'espèce, le lit accéderait à la voie publique, et c'est le propriétaire du chemin qui serait le propriétaire de la rivière, ce qui exclut le fonds riverain du chemin. Est-ce un droit d'usage que l'article 644 accorde aux riverains, ce droit leur appartient à raison des inconvénients et des dangers que présente souvent le voisinage des eaux : cela suppose encore la contiguïté (1).

La doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Toutefois il y a doute sur un point. Pardessus dit que celui dont l'héritage n'est séparé du cours d'eau que par un chemin public devrait jouir du même avantage que le riverain immédiat, si l'administration lui permettait de construire sous ce chemin un aqueduc propre à lui faciliter l'usage des eaux. On trouve dans la jurisprudence du conseil d'Etat un exemple d'une concession pareille. Le décret se fonde

(1) Toulouse, 26 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 201) et Angers, 28 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 4, 445). Comparez les auteurs cités par Dalloz, n° 201.

sur les lois qui donnent à l'administration le pouvoir de régler le régime des eaux en vue de l'utilité générale, et d'accorder l'autorisation de les dériver pour les besoins de l'industrie et de l'agriculture. Sans doute l'administration a ce pouvoir; mais peut-elle en user en faveur de non-riverains? C'est demander si c'est l'administration ou si c'est la loi qui donne le droit aux eaux. L'article 644 répond à notre question. Or, la loi n'accorde qu'aux riverains le droit de se servir des eaux; l'administration ne peut pas étendre ce droit aux non-riverains. Elle enlèverait par là aux riverains le volume d'eau qu'elle concéderait à un non-riverain; ce serait, en un certain sens, une expropriation sans indemnité et dans un intérêt particulier; ce qui serait en définitive une violation de la propriété. Hâtons-nous d'ajouter que telle n'est pas la portée du décret que nous venons de citer; il réserve aux riverains la faculté de faire valoir leurs droits en justice, s'ils croient que l'autorisation accordée leur cause un préjudice. Même avec cette réserve, nous ne pouvons accepter la jurisprudence du conseil d'Etat. Le droit des riverains est une espèce de propriété; il ne reçoit de limite que par le droit égal des coriverains; hors de là, il n'appartient ni à l'administration ni aux tribunaux de le modifier (1).

273. Un cours d'eau s'ouvre un nouveau lit en abandonnant l'ancien; les propriétaires riverains du lit abandonné conservent-ils leur droit aux eaux moyennant un aqueduc? Il a été jugé avec raison qu'ils n'ont pas ce droit. La cour de cassation cite l'article 703, aux termes duquel les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user (2). Cette disposition n'est pas applicable à l'espèce, car le droit des riverains n'est pas une servitude; si ce n'est pas la propriété absolue et exclusive de l'article 644, c'est du moins une espèce de propriété; or, le propriétaire ne peut pas avoir de servitude sur sa chose. Le motif de décider est très-simple : ceux qui étaient riverains du cours d'eau, ne l'étant plus,

(1) Décret du 1er septembre 1858 (Dalloz, 1859, 3, 41). Pardessus, t. Ier, p. 261, n° 105. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 171, n° 139.

(2) Arrêt de rejet du 11 février 1813 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 209).

ne peuvent plus réclamer aucun droit comme riverains : la nature, qui leur avait donné un droit, le leur enlève ; il faudrait une disposition formelle pour les maintenir dans une jouissance qu'ils perdent en perdant la qualité de riverains.

274. Le fonds riverain augmente ou il diminue; ces changements exercent-ils une influence sur le droit des propriétaires? Si le fonds est augmenté par de nouvelles acquisitions, le droit aux eaux s'étend-il dans la mesure des nouveaux besoins? La question est controversée, mais il n'y a pas, à notre avis, de motif sérieux de douter. La loi donne un droit aux riverains, sans le limiter à l'étendue de leurs héritages, à telle ou telle époque; or si, dans sa pensée, le riverain n'avait pu se servir des eaux que pour l'héritage qu'il possédait à une époque donnée, elle aurait dû déterminer cette époque, sinon, comme le dit Daviel, il faudrait remonter jusqu'au déluge. A vrai dire, elle ne pouvait pas tenir compte de ces changements, car ce n'est pas à raison de l'étendue des héritages qu'elle accorde un droit aux propriétaires, c'est uniquement à raison de leur position. Il y a cependant d'excellents eprits qui pensent que la quantité d'eau *primitivement* attribuée à un riverain ne peut pas augmenter au préjudice des autres riverains (1). Si l'on demandait à Ducaurroy quelle est cette époque *primitive*. Il faudrait évidemment un texte pour la déterminer. Proudhon donne un motif juridique en apparence : la servitude d'usage, dit-il, qui n'est établie que pour un fonds ne peut être étendue à d'autres (2). Pour que l'argument eût quelque valeur, il faudrait d'abord démontrer que le droit des riverains est un droit de servitude. Cela ne suffirait pas ; il faudrait prouver pour quel fonds elle a été établie, ce qui nous ramène à la difficulté capitale de l'époque à laquelle on devrait remonter. Par cela seul que la loi ne fixe pas d'époque, il faut décider qu'il n'y en a pas. Ce qui revient à dire qu'en cas de contestation entre les riverains sur le volume d'eau que chacun a le droit de

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 182, n° 271.
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1426.

prendre, il faut considérer l'état des propriétés riveraines au moment du litige (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

275. La question devient douteuse lorsqu'un héritage riverain est morcelé, soit par suite de vente, soit par l'effet d'un partage. Celui des propriétaires qui n'est plus riverain conserve-t-il le droit aux eaux? Si le contrat qui a divisé le fonds riverain garde le silence sur l'usage de l'eau, il est certain que le non-riverain ne l'a plus, par cela même qu'il n'est plus riverain. Sur ce point, tout le monde paraît d'accord. Eh bien, cela est décisif, nous semble-t-il, même pour le cas où une clause expresse réserverait le droit aux eaux à celui qui cesse d'être riverain. Cette clause peut-elle donner un droit à celui qui n'est pas riverain? Nous avons contesté ce pouvoir à l'Etat (n° 272); nous le contestons, par les mêmes raisons, aux riverains. Vainement dit-on que les conventions doivent avoir leur effet entre les parties. Oui, quand les parties disposent d'un droit qui leur appartient; mais, dans l'espèce, le droit d'user des eaux est limité par la loi aux riverains; d'où suit que les riverains peuvent s'opposer à ce qu'un non-riverain exerce un droit que la loi ne lui accorde pas. Donc en disposant du droit aux eaux, les parties contractantes disposent d'un droit qui est commun à tous les riverains, par conséquent d'un droit qui ne leur appartient pas; ce qui décide la question. On objecte que la position des autres riverains ne peut pas être améliorée par la division d'un fonds qui jouissait pour toutes ses parties des droits conférés par l'article 644. Nous comprendrions l'objection dans la bouche de ceux qui enseignent que l'augmentation d'un fonds riverain n'augmente pas le droit du riverain, parce que le droit des autres riverains en serait diminué; mais si l'on admet que la position des riverains peut être détériorée par l'accroissement que reçoit un fonds riverain, il faut, pour être conséquent, admettre aussi que leur position peut être améliorée par la diminution des fonds riverains. C'est l'application du principe que le juge règle

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 47 et note 10, et les auteurs qui y sont cités.
(2) Limoges, 9 août 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 210).

les droits des riverains d'après l'état des propriétés lors du litige (1).

Il y a un arrêt de la cour de Besançon en faveur de l'opinion contraire. Mais la cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a pris soin de constater que l'arrêt qui ordonnait une expertise n'avait pour objet que d'éclairer la cour, que, ne contenant rien de définitif, il ne pouvait violer l'article 644 (2). L'arrêt de la cour de cassation laisse donc la question entière, et par suite l'arrêt de la cour de Besançon perd de son autorité.

b) *Droit du riverain quand l'eau borde son héritage.*

276. L'article 644 porte que celui dont la propriété borde une eau courante peut s'en servir *à son passage*. Comment faut-il entendre ces derniers mots? Voici la difficulté. Les bords de la rivière sont toujours plus élevés que le cours de l'eau; il se peut qu'ils soient tellement escarpés, qu'il soit impossible de dériver les eaux de la rivière pour irriguer le fonds. On demande si le riverain peut prendre les eaux en amont; cela suppose qu'il a le droit de construire sur le fonds supérieur un aqueduc qui conduise les eaux dans le fonds inférieur. Il peut acquérir ce droit en achetant une partie de la rive suffisante pour y faire les travaux nécessaires. Il a été jugé que dans ces circonstances le riverain n'avait pas le droit de dériver les eaux. La cour invoque le texte de l'article 644; c'est *au passage* des eaux que le riverain peut s'en servir, ce qui signifie qu'il n'a ce droit qu'au moment où les eaux passent devant son fonds; de là suit que c'est sur le fonds même

(1) Voyez les opinions diverses des auteurs dans Aubry et Rau, t. III, p. 48, note 11, et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 212. Duranton avoue que l'on n'est plus dans les termes de la loi, ce qui est décisif. Il ajoute que l'on est dans l'esprit de la loi, parce que son esprit tend toujours au maintien des droits acquis (t. V, p. 217, n° 235). Nous répondons qu'il n'y a pas de droit acquis en matière de cours d'eau, tout dépendant des changements qui interviennent dans le cours des eaux et dans les fonds riverains. D'ailleurs le vrai esprit de la loi est dans son texte, lorsqu'il est clair et formel.

(2) Besançon, 4 juillet 1840, et arrêt de rejet du 9 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Jugements d'avant-dire-droit*, n° 24, 20°).

qui use des eaux que l'on doit pratiquer la conduite d'eau. Voilà ce que l'on peut appeller une interprétation judaïque; c'est s'attacher à la lettre de la loi pour en violer l'esprit. Si le texte de la loi était formel, nous l'accepterions, parce que, à notre avis, l'esprit de la loi est dans son texte; mais, dans l'espèce, que dit le code? Que le riverain a le droit de se servir des eaux à leur passage; c'est ce qu'il fait, puisqu'il prend les eaux au moment où elles passent devant le fonds supérieur qui lui appartient. Qu'importe après cela où il conduit les eaux, que ce soit dans un fonds inférieur, où il est également riverain, ou dans le fonds supérieur? Est-ce que la loi exige que le riverain use des eaux ici ou là? en amont ou en aval? Tout ce qu'elle veut, c'est que les héritages riverains seuls profitent des eaux, puisque c'est à eux que la nature en fait don. N'en fait-elle pas don par hasard aux fonds escarpés? Les eaux ne passent-elles pas devant ces fonds, aussi bien que devant les autres? La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, et tel est aussi l'avis des auteurs (1).

Que faut-il décider si le riverain qui, à raison de l'escarpement de la rive, ne peut pas prendre les eaux au moment où elles passent devant son héritage, les dérive sur un fonds supérieur avec la permission du propriétaire riverain? La cour de cassation a maintenu, même dans ce cas, le droit du riverain inférieur; il est vrai que l'on ne peut plus dire que le riverain prend les eaux sur un point où il est riverain; mais aussi ce n'est pas à ce point-là qu'il se sert des eaux; il ne fait que les dériver pour l'usage des fonds dont il est propriétaire en aval, et propriétaire riverain; qu'importe encore une fois le point où les travaux se font? La seule chose qui soit essentielle, c'est que les propriétés riveraines profitent seules des eaux. La cour dit très-bien que l'article 644 donne un droit aux riverains, mais qu'il ne règle pas le mode d'exercer ce droit; d'où suit que l'on ne peut exiger que le riverain fasse les travaux nécessaires sur un point de la rive plutôt que sur un autre;

(1) Arrêt d'Aix du 30 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1), cassé par arrêt du 14 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, n° 214.

ce serait introduire dans la loi une condition que son texte repousse aussi bien que son esprit (1).

277. L'article 644 dit que celui dont la propriété borde une eau courante peut s'en servir à son passage. Ce droit appartient donc à tous ceux qui sont riverains, et il leur appartient à titre égal, la loi ne faisant aucune distinction entre les fonds supérieurs et les fonds inférieurs. Quel est le caractère de ce droit et à quel titre est-il égal? Dès qu'il est question de préciser les droits des riverains, le dissentiment qui divise les auteurs en cette matière reparaît. Ceux qui reconnaissent aux riverains la propriété des rivières non navigables disent qu'ils sont copropriétaires; ils comparent leur position à celle des copropriétaires d'un mur mitoyen. Les autres rejettent l'idée de copropriété, mais ils aboutissent en définitive au même résultat, car ils admettent un droit de jouissance commune et indivise du cours d'eau (2). Indivise, c'est trop dire, car chaque riverain prend une partie de l'eau, et s'il y a contestation entre eux, les tribunaux en font le partage. Mais d'après quel principe? Ils ont tous un titre égal; on serait donc tenté de décider que leur droit doit être réglé d'après la stricte loi de l'égalité, c'est-à-dire d'après l'étendue de leurs héritages. Mais il y a encore d'autres éléments dont il faut tenir compte, le mode de culture, la nature du sol, le genre d'exploitation. Il est impossible d'établir une règle absolue et une égalité mathématique : voilà pourquoi la loi s'en est rapportée à la sagesse des tribunaux, comme nous le dirons plus loin. Tout le monde est d'accord sur ce point; la question de propriété est indifférente dans ce débat, car ceux qui admettent la propriété des eaux au profit des riverains reconnaissent que c'est une propriété limitée (3).

278. Le principe est incontestable en ce qui concerne les coriverains; il est évident que le droit de l'un, que ce soit copropriété ou jouissance commune, limite le droit de l'autre. Mais en est-il de même à l'égard des riverains in-

(1) Arrêt de rejet du 21 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 174).
(2) Voyez les divers sentiments dans Demolombe, t. XI, p. 174, n° 143.
(3) Demolombe, t. XI, p. 174, n° 143. Duranton, t. V, p. 204, n° 214. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 181, n° 271.

férieurs? Un de nos bons auteurs répond que dans ce cas la vocation des riverains étant successive, le droit actuel du riverain supérieur domine le droit éventuel du riverain inférieur, en ce sens que le premier peut exercer son droit dans toute sa plénitude, et que c'est seulement après qu'il aura usé de son droit que les propriétaires inférieurs seront appelés à se servir des eaux. Nous croyons que le principe ainsi formulé est inadmissible, car c'est mettre le privilége à la place de l'égalité. Demante lui-même modifie son principe dans l'application, à ce point qu'il n'en reste rien ; il avoue que l'esprit de la loi est que l'on ne fasse pas complétement abstraction de l'intérêt des fonds inférieurs. De là le pouvoir de conciliation accordé aux tribunaux par l'article 645 (1). Nous croyons qu'il faut maintenir l'égalité à l'égard des riverains inférieurs; c'est d'après cette règle que les tribunaux devront concilier les intérêts divers, sans qu'ils puissent sacrifier le droit des riverains inférieurs au droit des riverains supérieurs, tous ayant un droit égal. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la propriété des cours d'eau non navigables, cela est évident; propriétaires au même titre, le riverain supérieur n'a pas plus de droit que l'autre, bien que les eaux passent d'abord devant son héritage. Si on ne leur reconnaît qu'un simple usage, ayant son principe dans une concession de la loi, tout dépend des textes et de leur interprétation. L'article 644 ne distingue pas entre le coriverain et le riverain inférieur ; et l'esprit de la loi repousse toute distinction, car le législateur n'a aucune raison pour favoriser l'un des riverains aux dépens de l'autre. Il faut donc appliquer le vieil adage qui défend à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas.

279. Une première conséquence découle de ce principe, c'est que le riverain dont la propriété borde la rivière ne peut pas détourner le cours de l'eau ; ce serait enlever au coriverain son droit sur les eaux. Cela suffit pour décider la question. Le deuxième alinéa reconnaît ce droit à celui

(1) Demante, t. II, p. 580, n° 495 *bis* V. Comparez Duranton, t. V, p. 205, n° 218.

dont l'eau traverse l'héritage : ce qui implique que le riverain unilatéral ne l'a pas. C'est peut-être pour marquer cette différence que la loi dit que le propriétaire qui ne possède que l'une des rives peut se servir de l'eau *à son passage* (1). Cela est du reste si évident qu'il nous paraît inutile d'insister.

280. Nous croyons qu'il résulte du même principe que le riverain ne peut se servir des eaux que pour l'usage de ses propriétés riveraines. Si, outre l'héritage riverain, il possède des fonds non riverains, il ne peut pas conduire les eaux à travers les terrains intermédiaires jusque sur les fonds plus éloignés qui ne bordent pas l'eau courante. En effet, ce n'est pas aux propriétaires que la nature donne le bienfait des eaux, elle ne connaît pas de propriétaires; c'est aux fonds qui bordent l'eau courante que l'eau doit profiter. Qu'importe qu'un héritage plus éloigné appartienne à un riverain? Est-ce que cette circonstance accidentelle rendra l'héritage riverain? Et où serait la raison de conférer le bienfait de l'irrigation à tel fonds non riverain, parce qu'il appartient à un propriétaire riverain, alors qu'on le refuse à tel autre héritage contigu, parce qu'il appartient à un non-riverain? Celui qui possède deux fonds, l'un riverain, l'autre non-riverain, a deux qualités; comme riverain, il peut invoquer le bénéfice de l'article 644; comme non-riverain, il ne peut réclamer ni un droit de propriété sur les eaux, ni un droit d'usage, car la propriété ou l'usage ne peut appartenir qu'aux riverains. L'opinion contraire ne tient aucun compte des droits des riverains inférieurs; plus on étend les droits des propriétaires en amont, plus on restreint ceux des propriétaires en aval. Ce qui était un droit égal deviendra un privilége. C'est-à-dire qu'on viole le principe fondamental en cette matière. On objecte les termes de l'article 644 : la loi dit que le riverain peut se servir de l'eau à son passage pour l'irrigation de *ses propriétés*. La loi est générale, dit-on, donc il n'y a pas lieu de distinguer. Mais la fin de l'article ne doit pas être séparée du commencement. Qui a droit aux eaux? et sous

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 49 et note 17. Demolombe, t. XI, p. 176, n° 144.

quelles conditions? L'article 644 répond : « Celui dont la propriété borde une eau courante. » Voilà la condition, elle est en harmonie avec la loi de la nature et avec l'esprit du code. C'est la propriété riveraine qui se prolonge jusqu'au lit de la rivière, c'est elle qui est exposée à souffrir de l'action des eaux, c'est donc elle et elle seule qui doit profiter de ses bienfaits (1).

281. Tel est le système du code civil. Plus loin nous dirons si les lois nouvelles, portées pour favoriser l'irrigation, ont consacré l'opinion contraire. Même sous l'empire du code Napoléon, il faut admettre une restriction à la doctrine que nous venons d'exposer. Le propriétaire peut se servir des eaux pour l'irrigation de tous les fonds qui ne forment qu'un seul et même domaine riverain ; de sorte que s'il possède, sans solution de continuité, une prairie le long de la rive, puis une terre labourable, et après cela une prairie artificielle, il aura le droit de pratiquer des rigoles au travers de sa terre en labour pour conduire l'eau dans la prairie artificielle; car cette prairie fait partie d'un domaine riverain (2). C'est en ce sens général que la loi dit que le riverain peut se servir des eaux pour l'irrigation de *ses propriétés*. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce où la configuration du terrain donnait lieu à quelque doute. Elle pose en principe que l'article 644 accorde la faculté d'irrigation non-seulement pour les terres qui touchent immédiatement à la rivière, mais aussi pour toutes les propriétés contiguës appartenant au même maître. Il s'agissait de savoir si ce principe était applicable dans le cas où un héritage, faisant partie du même domaine que le fonds riverain, en était séparé par une haie. La haie, appartenant au même propriétaire, n'empêchait réellement pas la contiguïté, puisque les héritages, bien que séparés par la haie, n'en formaient pas moins un seul et même tenement (3). Par la même raison, il faut décider que, quelque étroit que soit le fonds rive-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 179, n°s 148 et 149; Aubry et Rau, t. III, p. 49 et note 18; Duranton, t. V, p. 213, n° 231.
(2) Demolombe, t. XI, p. 178, n° 147.
(3) Arrêt de rejet du 24 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 179).

rain proprement dit, et quelque étendue que soit la propriété contiguë, le riverain peut user du droit que lui accorde l'article 644; sauf aux propriétaires inférieurs à demander un règlement, s'ils trouvent que le propriétaire supérieur absorbe une trop grande quantité d'eau (1).

282. Ce dernier point donne souvent lieu à des contestations entre les riverains. Quel est le volume d'eau que chacun peut prendre dans le domaine commun? Il résulte du principe, tel que nous l'avons formulé, que le riverain supérieur ne peut pas absorber l'eau, alors même qu'il prétendrait que toute l'eau lui est nécessaire pour les besoins de sa propriété. Cela ne fait guère de doute quand il s'agit d'un fonds qui borde seulement une eau courante. Le propriétaire de ce fonds n'a pas un droit absolu sur les eaux, il peut s'en servir, dit l'article 644, pour l'irrigation de ses propriétés; mais se servir des eaux ne veut pas dire les absorber. La jurisprudence est en ce sens. Sans doute, s'il s'en sert pour l'irrigation, une partie des eaux sera absorbée par le fonds arrosé; mais pourra-t-il prendre toute l'eau que les besoins du fonds réclament? Ici l'abus et le droit se touchent de très-près; s'emparer de toutes les eaux, sous prétexte de nécessité, ce serait rendre illusoire le droit du riverain inférieur, comme le dit très-bien la cour de Lyon. C'est précisément pour concilier les droits divers qui sont en conflit que le code donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire (2). Le juge aussi pourrait être tenté de favoriser outre mesure le riverain supérieur. On lit dans un arrêt que les propriétaires inférieurs n'ont le droit de jouir des eaux que quand les riverains supérieurs sont *satisfaits*. Sur le pourvoi, la cour de cassation releva l'exagération de cette expression; elle maintint néanmoins la décision, parce qu'elle était suffisamment justifiée par les faits tels que la cour d'appel les constatait. En effet, l'arrêt établissait qu'il n'y avait aucun abus à reprocher au propriétaire supérieur, et que les riverains inférieurs n'avaient éprouvé aucun dommage (3).

(1) Liége, 19 janvier 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 169).
(2) Lyon, 15 novembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158).
(3) Montpellier, 17 novembre 1856, et arrêt de rejet du 25 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 86).

283. A quel usage les riverains peuvent-ils se servir des eaux? L'article 644 dit qu'ils peuvent s'en servir pour l'irrigation de leurs propriétés. Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait en conclure qu'elle exclut tout usage des eaux, sauf l'irrigation, c'est-à-dire qu'elle protége exclusivement les intérêts de l'agriculture. Il y a des auteurs qui admettent cette interprétation restrictive; mais Hennequin est le seul qui ose aller jusqu'au bout. « L'irrigation, dit-il, est la vie des exploitations agricoles; il ne faut pas que les eaux s'épuisent dans des usages domestiques. » Il est donc d'avis que les eaux ne sauraient être employées ni comme force motrice, ni comme décoration, ni comme moyen d'alimenter des fontaines ou d'abreuver des bestiaux; que l'irrigation est la seule destination qu'il soit permis de leur donner. La plupart des auteurs reculent devant les conséquences d'un principe aussi absolu; c'est dire qu'ils l'abandonnent. Quant aux usages domestiques, tous les permettent aux riverains, ce qui les place déjà en dehors de la lettre de la loi; la plupart admettent aussi l'usage d'agrément, et, au moins dans une certaine mesure, l'affectation des eaux aux besoins de l'industrie. Nous croyons qu'il faut entrer plus franchement dans ce système d'interprétation, et décider que tout usage est permis aux riverains, et que la loi n'exclut que l'abus. Il est vrai que le texte ne parle que de l'irrigation, mais cela ne décide pas la question; il faut voir si les termes sont restrictifs; or, ils ne le sont évidemment pas, et l'esprit de la loi commande l'interprétation extensive. Le législateur n'a fait que consacrer le vœu de la nature, et la nature n'est pas exclusive, elle offre ses dons à l'homme pour qu'il en fasse l'emploi le plus large; l'eau est une force motrice aussi bien qu'un moyen d'irrigation; elle sert à embellir les fonds aussi bien qu'à les fertiliser. Si le code ne parle que de l'irrigation, c'est que d'ordinaire la loi ne prévoit que des faits usuels; or, habituellement l'eau sert à l'irrigation. Mais ce qui prouve que le législateur ne s'est pas préoccupé exclusivement des intérêts de l'agriculture, c'est que dans l'article 645, qui fait suite à l'article 644, prévoyant le conflit qui pourrait s'élever entre les intérêts di-

vers, il décide que le juge doit concilier « l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. » Cela implique, comme nous l'avons dit ailleurs, que les riverains sont propriétaires des cours d'eau non navigables. Dans cette opinion, il ne peut pas rester le moindre doute sur le droit qu'ils ont de s'en servir à toute espèce d'usage, sauf à ne pas abuser de leur droit en absorbant les eaux. De quoi les riverains inférieurs se plaindraient-ils, si le riverain supérieur se sert des eaux pour son industrie, au lieu de s'en servir pour l'irrigation de ses fonds? Pourvu qu'il en fasse un usage modéré, peu importe la destination qu'il leur donne. Il y a plus, comme le dit très-bien la cour de Besançon, l'industrie se borne d'ordinaire à employer l'eau comme force motrice, en la rendant ensuite à son cours naturel, tandis que l'agriculture en absorbe une notable partie qui reste dans les terres (1).

283 *bis*. On ne peut se servir des eaux, soit pour l'irrigation, soit pour l'industrie, sans faire des travaux quelconques, saignées, rigoles, barrages ou autres; on demande si les riverains ont le droit de les faire. C'est à peine si la question peut être posée. Celui qui veut la fin veut les moyens. La seule difficulté est de savoir s'il faut au riverain une autorisation de l'administration. Il a été jugé que le riverain ne peut, alors même qu'il est propriétaire des deux rives, construire un barrage sans autorisation. Dans l'espèce, il y avait un règlement local (2), et l'article 645 veut que les règlements locaux soient observés. Que faut-il décider s'il n'y a point de règlement? En théorie, on pourrait répondre que la loi reconnaissant aux riverains une espèce de propriété ou au moins un droit de jouissance, elle leur donne par cela même la faculté de faire tout ce qui est nécessaire pour l'exercice de ce droit (3). Nous di-

(1) Besançon, 10 février 1864 (Dalloz, 1864, 2, 36). Voyez, *ibid.*, en note, les diverses opinions des auteurs. Comparez Demolombe, t. XI, p. 193, nos 156-160; Dalloz, au mot *Servitude*, n° 215, Aubry et Rau, t. III, p. 50 et notes 19 et 20.

(2) Arrêt de cassation de la chambre criminelle du 15 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 581, 3°).

(3) Demolombe, t. XI, p. 213, n° 172. Comparez Duranton, t. V, p. 201, n° 209. Aubry et Rau, t. III, p. 50, note 20.

rons plus loin que dans la pratique on exige une autorisation (n° 295). Autre est la question de savoir si celui qui n'est propriétaire que d'une rive peut appuyer des barrages sur la rive opposée. La question était controversée sous l'empire du code civil; elle a été tranchée par les lois nouvelles concernant l'irrigation. D'après les principes généraux, il faut décider, sans hésiter, que le riverain n'a pas la servitude d'appui, car c'est une véritable servitude, et il n'y a de servitude légale qu'en vertu d'un texte formel; nous supposons naturellement qu'il n'y a pas de servitude dérivant du fait de l'homme. L'absence de tout titre constitutif d'une servitude décide la question (1). De même le riverain peut faire sa prise d'eau sur un fonds supérieur, en y pratiquant des rigoles avec le consentement du propriétaire (2). Dès que le droit aux eaux existe, le riverain peut employer tous les moyens pour le mettre à profit.

284. On voit que les droits de celui qui ne possède qu'une rive ne sont pas aussi étendus que les droits de celui qui possède les deux rives. Celui-ci peut faire tels ouvrages qu'il juge convenables et détourner même l'eau, sauf à la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. Les propriétaires des deux rives ne pourraient-ils pas s'entendre et disposer de commun accord de la rivière, comme si elle traversait un héritage unique? Cela a été jugé ainsi (3), et nous n'y voyons aucune raison de douter. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la propriété des cours d'eau, on peut à peine poser la question; si, comme nous le croyons, les riverains sont propriétaires, il va sans dire qu'ils peuvent se servir de leur propriété comme ils l'entendent, sauf à respecter les droits des riverains inférieurs; et qu'importe à ceux-ci comment les riverains supérieurs usent de leur droit, pourvu qu'ils n'empiètent pas sur le droit égal qui leur appartient?

285. Demante remarque que le texte établit une diffé-

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 50 et notes 21 et 22, et par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 198.
(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 174).
(3) Besançon, 24 mai 1828 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 228).

rence entre le propriétaire des deux rives et celui qui n'en possède qu'une; le premier doit rendre à leur cours ordinaire les eaux dont il ne s'est pas servi, tandis que l'article 644 n'impose pas cette obligation au second. En faut-il conclure que le propriétaire qui s'est servi des eaux pour l'irrigation de ses fonds pourra disposer comme il l'entend des eaux qui lui restent? peut-il les concéder, par exemple, à d'autres propriétaires? Non, certes; Demante lui-même ajoute qu'il lui paraît juste que le résidu des eaux soit rendu à leur cours naturel. Il faut donc dire que cette prétendue différence n'existe pas. Et, en effet, elle n'aurait pas de raison d'être; pour mieux dire, elle serait en opposition avec le principe consacré par la loi. Le code donne, à certains égards, des droits plus étendus au propriétaire des deux rives qu'au propriétaire d'une seule rive; donc si le premier doit rendre les eaux dont il ne se sert pas, à plus forte raison l'autre le doit-il. Si la loi ne le dit pas, c'est que régulièrement le riverain ne doit prendre que la quantité d'eau qui lui est nécessaire; il ne lui restera donc pas d'excédant. Il se peut aussi qu'à raison des circonstances du terrain, il ne lui soit pas possible de rendre à leur cours ordinaire les eaux restantes. Ce seront, en ce cas, des eaux perdues pour les riverains inférieurs, ce qui est pour eux un préjudice et par conséquent une atteinte à leurs droits. Est-ce à dire que le riverain ne puisse pas se servir des eaux quand il ne peut pas les rendre à leur cours ordinaire? Ce serait sacrifier les droits du riverain supérieur. Il y a un moyen bien simple de vider ce conflit, c'est de régler le volume d'eau que le riverain est autorisé à prendre, de manière qu'il n'ait que l'eau strictement nécessaire, en laissant dans la rivière une quantité équivalente à celle que, dans une situation ordinaire, il y ferait rentrer après l'irrigation (1).

(1) Metz, 5 juin 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124). Demante, t. II, p. 580, n° 495 *bis* IV. Aubry et Rau, t. III, p. 50 et notes 24 et 25. Demolombe, t. XI, p. 191, n° 155.

c) *Droits du propriétaire dont l'eau traverse l'héritage.*

286. Aux termes de l'article 644, « celui dont une eau courante traverse l'héritage peut *même* en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. » Le mot *même* dont la loi se sert marque qu'elle veut établir une différence entre le propriétaire qui possède les deux rives et celui qui n'en possède qu'une. Cependant l'expression *user*, qui se trouve dans le second alinéa, a le même sens que l'expression *se servir*, qui se trouve dans le premier. De là Proudhon conclut que les droits des riverains sont les mêmes, en ce sens qu'ils ne peuvent se servir des eaux que pour l'irrigation de leurs propriétés, alors même qu'ils posséderaient les deux rives (1). Nous disons aussi que leurs droits sont les mêmes en ce qui concerne l'usage qu'ils peuvent faire des eaux ; mais comme, à notre avis, les riverains qui ne possèdent qu'une rive peuvent employer les eaux à toute espèce d'usage, à plus forte raison cette faculté doit-elle appartenir à ceux qui possèdent les deux rives. Car il est certain que, dans la pensée du législateur, ces derniers jouissent de droits plus étendus. Le projet soumis au conseil d'Etat portait que « celui dont une rivière traverse l'héritage peut même, dans l'intervalle qu'elle y parcourt, en user *à sa volonté*. » Lors de la discussion, Cambacérès critiqua cette expression, il voulait que la jouissance du propriétaire supérieur fût réglée de manière à ne pas nuire à la jouissance du propriétaire inférieur. Par suite de ces observations, les mots *à sa volonté* furent retranchés. Il en est résulté que la rédaction laisse à désirer, mais l'intention du législateur n'est pas douteuse ; le mot *même*, qui a été conservé, l'indique. Donc le doute qui existe pour le riverain unilatéral, en ce qui concerne les usages industriels, ne peut pas être opposé au propriétaire des deux rives, car rien dans le texte ne limite le

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1427.

mode de son usage. Telle est aussi l'opinion généralement suivie (1).

287. Le propriétaire des deux rives peut détourner la rivière dans l'intervalle qu'elle parcourt en traversant son héritage. Cela résulte du texte de l'article 644, puisqu'il oblige le propriétaire à rendre les eaux à leur cours ordinaire, au moment où elles sortent de ses fonds. Cela est d'ailleurs fondé en raison. Celui qui possède les deux rives n'a pas à ménager les droits d'un coriverain; il doit seulement respecter les droits des riverains inférieurs. Or, qu'importe à ceux-ci quel est le cours de la rivière dans l'héritage supérieur, pourvu que l'eau conserve son *cours ordinaire* (2). Que faut-il entendre par *cours ordinaire?* Ce sera le plus souvent le cours que la nature, c'est-à-dire la pente et les sinuosités du terrain ont donné à la rivière. Cependant il est à remarquer que la loi ne dit pas le cours *naturel.* Il peut, en effet, arriver que le cours *ordinaire* ne soit pas celui que la nature a imprimé aux eaux. Supposons que, de temps immémorial, les riverains aient changé le cours de l'eau; le cours fait de main d'homme sera devenu le cours ordinaire; et c'est ce cours, quoique artificiel, qui devra être respecté par le propriétaire dont l'héritage est traversé par la rivière. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (3).

288. Le droit de détourner les eaux est le seul privilége dont jouisse le propriétaire des deux rives. On prétend, il est vrai, que la nature donne au propriétaire supérieur une préférence, en ce sens qu'étant appelé à jouir des eaux avant les riverains inférieurs, et son droit n'étant pas limité par un coriverain, il peut user des eaux sans être limité par le droit des riverains inférieurs, ceux-ci n'ayant qu'un droit éventuel sur ce qui excédera les besoins des premiers. Le principe ainsi formulé est inadmissible. Remarquons d'abord qu'il s'appliquerait même au propriétaire d'une seule rive, dans ses rapports avec les riverains

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 48, note 12.
(2) Demolombe, t. XI, p. 209, n° 167.
(3) Arrêt de rejet du 20 février 1839 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 393).

inférieurs, de sorte que ceux-ci seraient, dans tous les cas, à la merci du propriétaire supérieur. Que deviendrait alors le principe d'égalité qui domine en cette matière? Il se changerait en privilége au profit d'un seul et aux dépens de tous les autres. Rien dans le texte ne justifie cette interprétation, et elle est en opposition avec la tradition et avec la volonté du législateur. Dans l'ancien droit, les arrêts des parlements défendirent aux riverains supérieurs d'absorber les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs, et les auteurs enseignaient ce que nous enseigne la nature, que la rivière n'appartient pas à un seul riverain, qu'elle appartient à tous les fonds qu'elle parcourt et qu'elle arrose. Nous venons de dire que le projet qui donnait au riverain supérieur, quand il possédait les deux rives, un droit presque absolu sur les eaux fut modifié précisément pour sauvegarder les droits des propriétaires inférieurs. Enfin l'article 645 témoigne contre tout privilége en cette matière; la loi veut que les divers intérêts soient conciliés, et non sacrifiés au propriétaire supérieur. En présence de ce pouvoir discrétionnaire des tribunaux, il est inutile d'insister (1). Constatons seulement quel usage les tribunaux ont fait du droit de conciliation que la loi leur accorde.

289. Il y a des arrêts qui prennent décidément parti pour le riverain supérieur; se fondant sur l'article 644, qui donne au propriétaire des deux rives le droit d'*user* des eaux, sans limiter cet usage, ils décident qu'il les peut employer à *tous ses besoins*, et que l'obligation de rendre les eaux à leur cours ordinaire ne peut s'entendre que de ce qui reste après ses *besoins satisfaits*. La cour de Bourges avoue qu'il peut résulter de là, surtout en temps de sécheresse, que les eaux soient entièrement absorbées par le propriétaire supérieur; mais, dit-elle, cet inconvénient est inséparable de l'usage même (2). Ces arrêts n'ont aucune valeur doctrinale, c'est à peine si l'on peut dire qu'ils sont motivés; ils se bornent à déclarer que tel est le sens de

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 49, notes 14 et 15. Demolombe, t. XI, p. 206, nº 166.

(2) Bourges, 13 juillet 1826 et 7 avril 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 222, 2º et 3º).

la loi. C'est une affirmation gratuite, qui ne tient aucun compte de la tradition, ni de la discussion, ni même du texte de l'article 645. La cour de Paris, tout en décidant que le propriétaire dont l'eau traverse l'héritage a le droit de l'employer et de l'*absorber* pour l'irrigation, admet une restriction en vertu de l'article 645, lequel, en cas de contestation entre les riverains, donne aux tribunaux un pouvoir de conciliation, pouvoir que l'administration exerce également (1). Cette restriction détruit le prétendu principe, car là où il y a lieu à conciliation, il ne peut plus être question d'un droit absolu. C'est un pas fait vers l'opinion contraire, qui l'emporte décidément dans la jurisprudence.

Il reste cependant bien des hésitations dans l'opinion générale. La cour d'Angers proclame le vrai principe, celui du droit égal de tous les riverains à profiter des eaux, mais elle ne le motive pas (2). Un arrêt de la cour de Caen pénètre au fond de la difficulté, en s'attachant à la nature de l'*eau courante*. Pourquoi l'appelle-t-on ainsi? n'est-ce pas parce que tous les riverains sont successivement appelés à profiter de ses bienfaits? Eh bien, que dit l'article 644? Que le propriétaire des deux rives, après avoir usé de l'eau, la doit rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire. Est-ce la rendre à son cours que de l'absorber? Le texte veut donc que le propriétaire respecte la nature de l'eau courante et sa destination. Rien de mieux; mais la cour fait une restriction, elle semble considérer l'irrigation comme un droit absolu, placé au-dessus de toute contestation; d'où résulterait que le propriétaire supérieur peut prendre toute l'eau nécessaire pour irriguer ses fonds, ne dût-il rien rester au propriétaire inférieur. Que devient alors la nature de l'*eau courante?* Et que fait-on de l'article 645 qui, loin de mettre l'irrigation au-dessus de toute contestation, suppose qu'il y a contestation et conflit entre l'intérêt de l'agriculture et les intérêts divers auxquels la propriété donne naissance? La cour de cassation rejeta le pourvoi dirigé contre cet arrêt, comme elle le fait réguliè-

(1) Paris, 19 mars 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 222, 5º).
(2) Angers, 4 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 223, 2º).

rement quand les cours d'appel n'établissent pas un principe trop absolu (1). Nous allons suivre les variations de sa jurisprudence; elle finit par consacrer le principe tel que nous l'avons formulé.

290. La cour de Toulouse avait admis le droit absolu, illimité du propriétaire supérieur; la seule restriction que, selon elle, la loi lui impose, c'est qu'il ne peut pas détourner le cours de l'eau. Du reste, le propriétaire inférieur n'a pas le droit de demander un règlement qui détermine l'usage des eaux, à moins que le propriétaire supérieur n'abuse de son droit, et il n'y a abus que s'il fait des travaux qui causent un préjudice aux riverains inférieurs, dans le but de leur nuire et sans utilité pour lui. C'était nier ouvertement le principe de l'égalité, et lui substituer celui du privilége. L'arrêt fut cassé. La cour de cassation commence par établir le principe tout contraire. L'eau courante est une chose commune à tous les riverains; ils ont un droit égal à l'usage des eaux, quoiqu'ils n'exercent pas ce droit simultanément. Si, par l'avantage de sa position, le propriétaire supérieur exerce son droit avant les propriétaires inférieurs, il n'en est pas moins tenu, après s'être servi des eaux, de les rendre à leur lit ordinaire, afin que les propriétaires inférieurs puissent en user à leur tour. La cour admet que celui qui possède les deux rives a un droit plus étendu, mais seulement en ce sens qu'il peut détourner le lit du cours d'eau dans les limites de son domaine, et dériver les eaux pour en user, sauf à rétablir le lit à la sortie de ses fonds. La cour admet encore, et la chose est évidente, que le propriétaire supérieur qui se sert des eaux pour l'irrigation ne peut être tenu de rendre la même quantité d'eau qu'il a reçue, puisque la terre en absorbe une partie; toujours est-il qu'il doit user de son droit de manière à ménager, dans une juste mesure, aux propriétaires inférieurs l'exercice de leur droit sur les eaux. Enfin la cour rétablit la disposition de l'article 645, singulièrement altérée par la cour de Toulouse. Dès qu'il y a

(1) Caen, 19 août 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 223, 3°); arrêt de rejet du 12 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 160). Comparez arrêt de rejet du 23 mars 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 226).

contestation entre les riverains, les tribunaux ont le droit et le devoir de régler l'usage des eaux entre eux, ce qui prouve que tous ont droit, dans une juste mesure, à l'usage des eaux qui traversent ou bordent leurs propriétés (1).

La cour de Montpellier, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, ordonna qu'il serait procédé à un règlement d'eau. Mais les considérants sont loin de reproduire la doctrine que venait de consacrer la cour de cassation. L'arrêt porte que le droit du propriétaire des deux rives est beaucoup plus étendu que celui des riverains d'un seul côté; qu'on ne saurait dès lors admettre le propriétaire inférieur à un partage des eaux, dans la proportion de l'étendue des fonds respectifs. Des experts furent chargés de régler le cours des eaux, eu égard aux besoins des fonds qu'elles traversaient. Nouveau pourvoi. La cour de cassation, fidèle à son système de modération, le rejeta, sur le rapport du conseiller Mesnard, dont nous avons rencontré le nom plus d'une fois dans les débats difficiles qui s'élèvent sur les cours d'eau. Il faut nous arrêter un instant à ce rapport, dont la doctrine a été admise par les auteurs les plus récents. Nous laissons de côté le reproche que le rapporteur fait au demandeur en cassation; il s'était trop hâté, que n'attendait-il la décision définitive sur le règlement d'eau? La cour de Toulouse le lui avait refusé; la cour de Montpellier le lui accorda; c'est le motif qui détermina la cour de cassation à rejeter le pourvoi. Qui dit règlement, dit conciliation; c'est l'article 645 qui prononce ce mot, donc la cour de Montpellier ne sacrifiait aucun intérêt, ne méconnaissait aucun droit.

Le rapporteur va plus loin, il conteste l'idée d'une communauté entre tous les riverains, communauté qui implique un droit égal. D'après lui, le texte donne un droit plus étendu au riverain supérieur dont l'eau traverse l'héritage. Est-ce à dire qu'il ait le droit d'absorber les eaux? Non, il a été reconnu dans la discussion que le propriétaire supérieur ne pourrait pas s'emparer des eaux au pré-

(1) Toulouse, 23 juin 1840, et arrêt de cassation du 21 août 1844 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 223, 4°).

judice des riverains inférieurs; c'est précisément pour réprimer cet abus, disait Tronchet, que les tribunaux sont appelés à régler l'usage des eaux, en fixant les jours et heures pendant lesquels chaque riverain en usera (1). La conclusion du rapporteur est qu'en cette matière il n'y a rien d'absolu, pas de règle précise, que tout est abandonné à la prudence et à la sagesse des tribunaux (2). C'est aussi l'opinion de M. Demolombe (3).

291. La cour de cassation ayant rejeté le pourvoi contre un arrêt qui, dans ses considérants, avait reconnu au propriétaire supérieur des droits beaucoup plus étendus qu'aux riverains inférieurs, on pouvait croire que telle était aussi la doctrine de la cour suprême. Il y a en effet des arrêts en ce sens, ils admettent que le propriétaire des deux rives a des droits d'usage plus étendus, même quant au volume d'eau, tout en niant cependant qu'il puisse absorber les eaux (4). La cour de cassation est allée plus loin, en cassant deux arrêts de la cour de Dijon. Nous croyons que cette dernière jurisprudence l'emportera. La cour proclame le principe que le conseiller Mesnard avait contesté, celui de la communauté des riverains : l'eau courante, dit-elle, est une chose commune entre ceux dont elle longe ou traverse les héritages. Ainsi pas de distinction entre les divers riverains, tous ont un droit égal aux eaux. « Si le riverain supérieur en use le premier, et s'il n'est pas tenu d'en rendre la même quantité qu'il a reçue, il doit néanmoins ménager, dans une juste mesure, l'exercice du droit des riverains inférieurs; il ne peut absorber les eaux à leur préjudice, même pour rendre plus complète l'irrigation de ses propriétés; autrement le *droit de tous* deviendrait le *privilége d'un seul.* » Voilà bien le principe qui découle du texte combiné avec la tradition et la discussion. Il en pourra résulter sans doute que l'eau sera insuffisante pour satisfaire à tous les besoins; ce sera le cas d'en régler l'usage

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 9 (Locré, t. IV, p. 66).
(2) Arrêt de rejet du 8 juillet 1846 (Dalloz, 1847, 1, 281).
(3) Demolombe, t. XI, p. 209, n° 166.
(4) Lyon, 25 novembre et 13 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158 et 284).

de manière à concilier les divers intérêts, comme le veut l'article 645 (1).

292. L'article 644 donne au propriétaire qui possède les deux rives le droit de changer le cours de l'eau dans les limites de son domaine; mais il doit toujours la rendre à son lit ordinaire, à la sortie de son fonds. On demande s'il y a lieu d'appliquer par analogie l'article 643, qui défend au propriétaire d'une source d'en changer le cours, lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire? Nous posons la question parce que d'excellents auteurs la posent et la décident affirmativement (2). Il nous semble qu'il y a ici une méprise. Le seul but de l'article 643 est d'empêcher le propriétaire d'une source de la dériver; or, le riverain d'une eau courante, alors même qu'elle traverse son héritage, n'a pas le droit d'en changer le cours au préjudice des riverains inférieurs; la commune qui est riveraine n'a donc pas besoin du droit exceptionnel que lui donne l'article 643; le droit commun lui suffit. Que s'il y a contestation entre le propriétaire supérieur et la commune sur le volume d'eau que le premier veut prendre, les tribunaux feront un règlement, toujours d'après le droit commun.

d) *Règles communes à tous les riverains.*

293. Tout riverain peut faire des travaux pour défendre son héritage contre l'action des eaux; c'est un droit qui dérive de la propriété et qui ne saurait être contesté. De même, tout riverain peut faire les ouvrages nécessaires pour l'exercice du droit d'usage que la loi lui accorde. Le droit des riverains est-il illimité? La propriété, quelque absolue qu'elle soit, a des limites, comme nous l'avons dit ailleurs (3). Mais la difficulté est de savoir si les principes généraux reçoivent leur application aux travaux faits par les riverains. Il faut distinguer. S'agit-il d'ouvrages défensifs, on est dans le droit commun; car le riverain agit

(1) Arrêts de cassation du 4 et du 17 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 73).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 49 et note 16.
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 181, nº 136.

comme propriétaire et pour la défense de sa propriété. Il exerce un droit, dès lors il faut dire qu'il n'est pas responsable du dommage qu'il cause à un autre riverain, car il ne lèse pas un droit des riverains. Nous supposons que les travaux sont défensifs ; s'ils étaient offensifs, il va sans dire que le riverain serait responsable, puisqu'il aurait porté atteinte au droit de son coriverain (1). S'il s'agit d'ouvrages faits par un riverain pour user des eaux, la question est toute différente. Dans ce cas, le riverain n'agit plus comme propriétaire; cela est évident, si l'on admet avec la jurisprudence qu'il n'est pas propriétaire du cours d'eau non navigable qui borde ou qui traverse son héritage. Alors même que l'on reconnaîtrait aux riverains un droit de propriété, ce n'est pas une propriété exclusive, c'est plutôt une copropriété. Plaçons-nous dans cette hypothèse qui est la plus favorable aux riverains. Ils font des travaux qui nuisent à un autre riverain : peuvent-ils dire qu'ils usent de leur droit, et que celui qui use de son droit ne fait de tort à personne? Non, car il est de principe qu'un copropriétaire ne peut pas user de la chose commune de manière à nuire à son copropriétaire. Donc le riverain sera responsable par cela seul qu'il aura causé un dommage à un autre riverain. A plus forte raison faut-il le décider ainsi, si l'on ne reconnaît aux riverains que le droit d'user d'une chose commune qui n'appartient à personne; il va sans dire que, dans cette opinion, l'usage de l'un des riverains ne peut pas nuire à l'autre (2).

294. Dans les cas où le riverain est responsable des ouvrages qu'il exécute, celui dont le droit est lésé peut-il agir immédiatement pour demander la destruction des ouvrages? Si ce sont des travaux offensifs, l'affirmative n'est pas douteuse; car ces travaux portent atteinte au droit de propriété du riverain qu'ils menacent; il n'a pas besoin d'attendre que le dommage soit causé pour en demander

(1) Nîmes, 27 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 578, 3°).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 51 et note 27, et les autorités qui y sont citées. Arrêt de rejet du 25 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 86). Arrêt de cassation du 15 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 347). Bruxelles, 7 mars 1832 (*Pasicrisie* 1832, 2, 66).

la réparation (1). Nous croyons qu'il en faut dire autant lorsqu'un riverain fait des travaux qui compromettent ou empêchent l'usage commun des riverains, bien qu'il n'en résulte pas un dommage actuel. Que le droit des riverains soit un droit de propriété ou un droit d'usage, peu importe, toujours est-il que c'est un droit; or, dès qu'un droit est lésé, il y a lieu à action. On peut objecter qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; que le seul intérêt des riverains est qu'ils n'éprouvent pas de préjudice, et que cet intérêt constitue même tout leur droit. On répond, et la réponse nous semble péremptoire, que le riverain ne réclame pas de dommages-intérêts; que l'unique objet de sa demande est que les ouvrages faits sans droit soient détruits. Or, les ouvrages sont faits sans droit dès qu'ils empêchent les coriverains d'user des eaux ou qu'ils les menacent d'un dommage. D'ailleurs les riverains ont un intérêt actuel à empêcher qu'un riverain ne fasse des travaux dont il pourrait se prévaloir dans la suite, pour revendiquer l'usage exclusif des eaux à titre de prescription. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens (2).

295. Les riverains ont-ils besoin d'une autorisation pour faire soit des travaux de défense, soit des ouvrages destinés à faciliter l'usage des eaux? S'il y a un règlement qui prescrit l'intervention de l'administration, il va sans dire que les riverains doivent l'observer, car la loi fait un devoir aux tribunaux d'en assurer l'exécution (art. 645). Même en l'absence de règlement, on décide, en France, qu'aucun barrage ne peut être établi sans une autorisation préalable, et cette jurisprudence a été sanctionnée par le décret du 25 mars 1852 (3). En Belgique, un arrêté royal du 28 août 1820 a décidé la question dans le même sens. Le préambule constate que les lois et règlements relatifs à la police des cours d'eau ont toujours été appliqués aux cours d'eau non navigables aussi bien qu'aux rivières navigables. C'est avouer implicitement qu'il n'y a pas de loi

(1) Riom, 10 février 1830 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 576).
(2) Bruxelles, 23 mars 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 65).
(3) Demolombe, t. XI, p, 214, n° 272, et les autorités qu'il cite. Il faut ajouter un arrêt de rejet du 11 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 468).

formelle sur la matière. Toutefois la loi du 12 août 1790, chapitre VI, confie à l'administration la police des eaux, sans distinguer si elles sont navigables ou non; et la loi du 28 septembre 1791 (tit. II, art. 16) oblige les propriétaires de moulins construits et à construire de tenir les eaux à une hauteur qui sera fixée par le directoire de département; l'administration a pu s'armer de ces dispositions pour faire des règlements sur cette matière. L'arrêté de 1820 tient donc lieu de loi : il déclare applicables aux cours d'eau non navigables les lois et règlements qui concernent l'établissement de moulins sur les cours d'eau, et défend d'exécuter des travaux sur ces rivières sans l'autorisation de l'autorité compétente, c'est-à-dire de la députation permanente du conseil provincial (1).

296. Quand une usine est régulièrement établie, les riverains pourront-ils néanmoins élever des ouvrages qui modifient l'écoulement naturel des eaux? En France, on décide la question en faveur des usines. Il a été jugé que les propriétaires supérieurs ne peuvent pas retenir les eaux pendant des intervalles plus ou moins longs, au préjudice des usines situées en aval. Il a été jugé encore que les riverains inférieurs ne peuvent pas construire un barrage qui fasse refluer les eaux sous les roues de l'usine qui se trouve en amont (2). Cette doctrine nous paraît trop absolue. Les divers riverains ont un droit égal à l'usage des eaux. Quand même une usine serait établie avec autorisation administrative, cette autorisation ne lui confère aucun privilége, car il est de principe que l'administration décide sans préjudice du droit des tiers. Nous reviendrons plus loin sur ce point. Donc l'établissement d'une usine ne change rien à la condition des riverains. Ils ont le droit d'irrigation, et par suite le droit de faire les ouvrages nécessaires pour user des eaux. Seulement ils ne peuvent pas, par leurs travaux, nuire à leurs coriverains. De leur côté, les usiniers ne peuvent pas empêcher les autres rive-

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 9 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

(2) Voyez les autorités cités par Aubry et Rau, t. III, p. 51, notes 29 et 30.

rains d'user des eaux et par suite d'exécuter des barrages. Il y a donc là deux droits égaux en conflit. C'est le cas d'appliquer l'article 645, en conciliant l'intérêt de l'industrie et celui de l'agriculture; mais on ne peut pas plus subordonner l'intérêt de l'irrigation à celui des usines, qu'on ne peut sacrifier l'intérêt de l'industrie à celui de l'agriculture. Il a été jugé en ce sens que les propriétaires des moulins n'ont pas un droit exclusif sur les eaux; que, malgré l'établissement des usines, les propriétaires riverains ont le droit d'user des eaux pour l'irrigation de leurs propriétés. La loi des 15-28 mars 1790 met, il est vrai, la propriété des moulins sous la sauvegarde de la loi et enjoint aux municipalités de tenir la main à ce qu'elle soit respectée; mais, comme le dit la cour de cassation, cela doit s'entendre tant de la conservation des édifices et objets matériels qui font partie des moulins, que du droit d'user des eaux qui les font rouler. Certes le législateur de 1790 ne pouvait songer à donner aux usiniers un droit exclusif sur les eaux, alors qu'il venait d'abolir le régime féodal qui accordait aux seigneurs la jouissance exclusive des eaux. D'après le nouveau droit, les eaux sont la propriété commune de tous les riverains. Mais, ajoute la cour suprême, le droit de l'un est naturellement borné par le droit des autres. Le propriétaire dont les prairies bordent l'eau courante a le droit de s'en servir à son passage pour l'irrigation; ce droit ne porte pas atteinte à celui des riverains qui se servent des eaux pour des usages industriels. S'il y a conflit, les tribunaux régleront les droits respectifs de manière à les concilier (1).

Lorsqu'il y a plusieurs usines sur un cours d'eau, le conflit peut s'élever entre les usiniers. La règle de décision est toujours la même. Aucun d'eux n'a un droit exclusif aux eaux, et aucun d'eux ne peut user de son droit de manière à nuire aux autres. De là suit que si les travaux faits par l'un des riverains causent un dommage aux autres, il y a lieu à indemnité, et s'il le faut, à un règlement des eaux (2).

(1) Arrêt de rejet du 17 février 1809, et arrêt de cassation du 21 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n°s 252, 1° et 4°).
(2) Arrêt de rejet du 28 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 232).

297. Le conflit des usiniers et des propriétaires ne porte pas toujours sur le volume d'eau et sur les travaux exécutés pour s'en assurer l'usage. Il arrive que l'industrie altère les eaux dont elle se sert; de là plainte des riverains inférieurs. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider que le droit des riverains ne va pas jusqu'à corrompre les eaux de manière à les rendre impropres aux usages domestiques, qui sont la destination primitive et naturelle de l'eau courante (1). Est-ce à dire qu'ils doivent transmettre les eaux dans leur pureté primitive aux riverains inférieurs? Ce serait rendre l'usage de l'eau impossible pour bien des industries, et même pour les usages domestiques. On ne peut laver le linge sans altérer plus ou moins les eaux. Il n'y a donc rien d'absolu en cette matière. Les tribunaux pourront appliquer aux eaux courantes ce que la jurisprudence admet pour les eaux de source; ils feront un partage des eaux, en permettant à un riverain industriel d'en absorber une partie qu'il lui sera défendu de transmettre aux propriétaires inférieurs, de sorte que ceux-ci recevront toujours les eaux qui leur seront transmises, sans qu'elles soient altérées (2). Les tribunaux peuvent user en cette matière du pouvoir modérateur que leur donne l'article 645. Ainsi il a été jugé que celui dont une eau courante traverse l'héritage peut s'en servir pour le lavage des mines; mais la cour l'a obligé à faire des travaux qui dépouillent les eaux des matières terreuses qu'elles reçoivent par le lavage, et à curer le lit du ruisseau afin d'en prévenir l'encombrement (3). Il est parfois difficile de concilier les intérêts opposés des riverains. Si le préjudice dont se plaignent les riverains inférieurs est peu important, le juge peut décider que c'est une incommodité provenant du voisinage plutôt qu'un abus (4). Mais si le préjudice est tel, que l'usage abusif de l'un rendrait impossible l'usage légitime des autres, il y aurait lieu de prohiber un mode d'user des eaux qui serait

(1) Douai, 3 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 167).
(2) Rouen, 18 mars 1839 et 8 juin 1841 (Dalloz, 1845, 2, 168 et 169).
(3) Bourges, 11 juin 1828 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 390).
(4) Caen, 20 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 294).

incompatible avec le droit égal des coriverains. C'est ainsi que la cour de cassation a jugé que le droit d'user de l'eau implique pour le riverain supérieur l'obligation de ne point la rendre impropre, soit à l'irrigation, soit aux usages ordinaires de la vie, en l'altérant ou en y mélangeant des matières qui la corrompent. Dans l'espèce, le propriétaire supérieur avait établi un abreuvoir dans lequel il lavait et faisait chaque jour baigner ses chevaux; le jugement attaqué constatait que l'eau ainsi troublée et corrompue ne pouvait plus servir à l'alimentation de l'homme. La cour décida que les riverains inférieurs pouvaient réprimer cette entreprise par l'action possessoire (1).

Ces principes reçoivent leur application au rouissage du chanvre et du lin. Daviel enseigne que les autorités locales, chargées de veiller à la salubrité publique, pourraient le prohiber (2). Ce droit est incontestable dès que la salubrité publique l'exige. A défaut de règlement, les tribunaux jugeraient d'après les principes que nous venons d'exposer; en conciliant les intérêts opposés, si la conciliation est possible, et en interdisant, au besoin, le rouissage, s'il était prouvé que la santé publique en souffre.

298. Il a été décidé par la cour de cassation, comme nous venons de le dire, que les riverains ont l'action possessoire. En effet, l'eau courante est susceptible de possession; donc le riverain a le droit de faire respecter sa possession par la complainte, s'il a possédé dans les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire si la possession est annale, paisible et non à titre précaire. Or, la possession des riverains n'est pas précaire, puisqu'elle a sa cause dans la loi. Le principe est incontestable; il est admis par la doctrine et par la jurisprudence (3). L'application présente des difficultés dans lesquelles nous ne pouvons pas entrer, cette matière appartenant à la procédure plutôt qu'au droit civil.

299. Les riverains peuvent-ils concéder l'usage des

(1) Arrêt de rejet du 16 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 206).

(2) Daviel, *Des cours d'eau*, t. II, p. 275. En sens contraire, Dalloz, au mot *Eaux*, n° 460.

(3) Demolombe, t. XI, p. 227, n° 184. Dalloz, au mot *Action possessoire*, n°s 29 et suiv. et 389 et suiv.

eaux soit à d'autres riverains, soit à des propriétaires qui ne possèdent aucun fonds sur la rive? Tout le monde admet que les riverains peuvent faire entre eux telles conventions qu'ils veulent concernant l'usage des eaux (1). Cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Si l'on admet qu'ils sont propriétaires de l'eau courante, bien que ce ne soit pas une propriété absolue, elle leur donne néanmoins le droit de jouir et de disposer, en tant qu'ils ne nuisent pas à leurs coriverains; or, nous supposons que les riverains entre eux s'accordent sur l'usage qu'il leur convient de faire des eaux; si les communistes sont d'accord, personne n'a plus le droit de se plaindre; nous dirons plus loin quel est l'effet de ces conventions à l'égard de ceux qui n'y sont pas parties. Alors même que les riverains n'auraient qu'un droit d'usage, ce droit étant établi uniquement en leur faveur, rien ne les empêche d'y renoncer au profit d'un autre riverain. Mais peuvent-ils aussi faire une concession au profit d'un non-riverain? Cela est douteux, même dans l'opinion qui leur reconnaît la propriété des cours d'eau. Cette propriété n'est pas illimitée; c'est une chose commune à plusieurs et qui d'après sa nature ne peut appartenir qu'aux riverains. Le texte est conçu en ce sens; il ne donne un droit aux eaux qu'à ceux dont la propriété est bordée ou traversée par une rivière. Il en est de même de l'esprit de la loi : c'est le riverain qui est exposé au dommage que les eaux occasionnent; lui seul doit donc profiter des avantages qu'elles procurent. Vainement dit-on que chacun peut renoncer aux droits que la loi lui donne; quand un droit est attaché à la qualité de riverain, ce droit ne peut pas être cédé à ceux qui ne sont pas riverains. La qualité de riverain ne se transporte pas par voie de convention à ceux qui ne possèdent rien sur la rive, donc les droits attachés à la qualité de riverain sont également incessibles à d'autres qu'aux riverains.

Nous l'avons décidé ainsi dans le cas où un riverain veut se servir des eaux pour un de ses héritages qui n'est

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 51 et n° 26. Duranton, t. V, p. 206, n° 221. Demolombe, t. XI, p. 216, n° 174. Arrêt de rejet du 2 août 1827 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 559, 1°).

pas riverain et qui n'est pas contigu à un fonds riverain. A plus forte raison en est-il de même quand il s'agit de céder l'usage des eaux à un non-riverain. On objecte que le cas est différent. Celui qui, outre son fonds riverain, dit-on, veut irriguer un héritage non riverain, a besoin d'un volume d'eau plus considérable, et nuit par conséquent aux autres riverains; tandis que peu importe à ceux-ci que le propriétaire supérieur utilise lui-même les eaux auxquelles il a droit, ou qu'il en cède l'usage à des tiers. Si le droit aux eaux était un droit absolu, cela serait vrai. Mais les riverains n'ont, dans l'opinion qui leur est la plus favorable, qu'une propriété limitée; ils jouissent des eaux à titre de riverains. Donc la jouissance des eaux est inhérente à cette qualité; c'est dire qu'elle ne peut appartenir à ceux dont les propriétés ne sont pas bordées ni traversées par la rivière. En concédant l'usage des eaux à des non-riverains, on appelle à jouir d'une propriété commune ceux qui n'y ont aucun droit, et par cela même on lèse les droits de ceux qui sont copropriétaires. Il faudrait le consentement de tous les intéressés pour qu'une concession pareille fût valable.

On objecte encore les lois nouvelles sur l'irrigation. Nous dirons plus loin quel est l'objet de ces lois. Elles ne peuvent pas être invoquées pour interpréter le code civil; tel n'est pas leur but. Elles supposent qu'un propriétaire a un droit aux eaux, et elles lui facilitent les moyens d'user de son droit. Qui a un droit aux eaux? Ce ne sont pas les lois nouvelles qui décident cette question, c'est le code civil. Donc quand on interprète le code civil, il faut faire abstraction des lois nouvelles (1).

e) *Des conventions entre les riverains.*

300. Les riverains peuvent disposer entre eux de l'usage des eaux comme ils l'entendent. Quel sera l'effet de ces conventions? Il faut voir quel en est l'objet. Le ri-

(1) Les auteurs sont divisés. Voyez les diverses opinions dans Aubry et Rau, t. III, p. 15, note 7; Demolombe, t. XI, p. 182, n° 151 et Dalloz, au mot *Servitude*, n° 206.

verain peut céder à un autre riverain tout le droit qu'il a sur les eaux; le concessionnaire acquerra, dans ce cas, l'usage exclusif des eaux, à l'égard du cédant. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Un fonds traversé par un ruisseau fut acheté par un propriétaire voisin pour un prix tellement élevé, qu'il était évident que l'objet de la vente avait été, non quelques mètres de terrain, mais l'eau courante dont l'acheteur avait besoin pour arroser ses propriétés. Il fut jugé que le vendeur n'ayant mis aucune réserve à sa concession, n'ayant pas précisé le volume d'eau par lui aliéné, l'acheteur avait acquis le droit de disposer des eaux d'une manière absolue; de sorte que le vendeur, qui était aussi riverain inférieur, ne pouvait plus invoquer l'article 644.

L'arrêt de la cour d'appel va plus loin. Il décide que le vendeur était garant de la revendication que les autres riverains pourraient exercer sur le eaux, en vertu de cet article, en ce sens qu'il serait tenu des indemnités que le concessionnaire devrait leur payer. Ce dernier point est très-douteux; la cour de cassation ne l'a pas rappelé dans son arrêt (1). En principe, le riverain ne peut disposer que de sa copropriété, il n'a pas le droit de disposer de la propriété des autres riverains; ceux-ci peuvent donc, après la vente comme avant, exercer leur droit de riverain, et s'ils l'exercent, le concessionnaire n'a aucune action en garantie contre le vendeur. Sans doute celui-ci pourrait promettre que les autres riverains ne troubleront pas la jouissance du concessionnaire, en se portant fort pour eux; dans ce cas, si les riverains ne tenaient aucun compte de cette promesse, le vendeur devrait payer une indemnité au concessionnaire; c'est donc à l'acheteur, et non, comme le suppose la cour de Nancy, aux riverains que l'indemnité serait due. Quant aux riverains, leurs droits restent intacts; n'étant pas lésés, ils ne peuvent pas réclamer d'indemnité. Reste à savoir dans quel cas le riverain qui cède l'usage des eaux sera garant, dans le sens que nous venons d'expliquer. Il faudrait pour

(1) Arrêt de Nancy du 3 décembre 1831, confirmé par un arrêt de rejet du 2 février 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 225).

cela une clause expresse, car c'est la promesse du fait d'autrui, avec la clause que le promettant se porte fort (art. 1119 et 1120). Tout cela ne peut certainement pas se présumer.

301. Le riverain peut aussi se borner à restreindre les droits qu'il a en vertu de l'article 644. Ainsi le riverain inférieur a le droit d'exiger que le riverain supérieur dont l'eau traverse l'héritage, rende les eaux à leur cours ordinaire, à la sortie de ses fonds; il peut renoncer à cette faculté (1). Si la renonciation est une abdication complète de ses droits, elle rentre dans la première hypothèse; si c'est une simple restriction, dans ce cas, il y aura servitude; le riverain supérieur acquerra le droit de dériver les eaux, ce qui constitue déjà une diminution de propriété pour le propriétaire inférieur, et le droit d'imprimer aux eaux un cours artificiel, ce qui constitue également une charge pour le fonds inférieur puisqu'il sera tenu de recevoir les eaux, sans qu'elles découlent naturellement du fonds supérieur.

Le riverain a le droit de se servir des eaux à leur passage, ou d'en user quand elles traversent son fonds. Il peut céder ce droit en partie. C'est aussi une restriction à son droit de propriété, et partant une servitude. Dans notre opinion sur la propriété des eaux non navigables, cela n'est pas douteux : le riverain est propriétaire du lit et des eaux qui le couvrent; en restreignant son droit de propriété, il grève son fonds d'une servitude. La jurisprudence admet le même principe, quoiqu'elle ne reconnaisse pas aux riverains la propriété des eaux courantes. Cela peut se justifier. Ils sont propriétaires des fonds riverains; l'usage des eaux est un des avantages attachés à cette propriété; restreindre cet usage, c'est détacher de la propriété riveraine un de ses attributs, c'est donc la grever d'une servitude.

302. Les nombreux arrêts rendus sur cette matière prouvent que les difficultés ne manquent pas. Toutefois le principe est simple et incontestable. Il s'agit ici de servitudes conventionnelles. Donc les règles qui régissent les

(1) Arrêt de rejet du 18 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 212).

effets de ces servitudes doivent recevoir leur application. La première règle que la loi établit est que le propriétaire du fonds auquel une servitude est due a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver (art. 697). Par application de ce principe, il a été jugé que le droit de dériver les eaux d'une rivière pour les besoins d'une usine ou l'irrigation d'un fonds, à l'aide d'un barrage, emporte le droit de construire ce barrage dans les conditions les plus efficaces. Dans l'espèce, il existait un ancien barrage en bois, dont les fissures laissaient échapper une grande quantité d'eau. Le propriétaire de l'usine le remplaça par un barrage en maçonnerie. De là plainte du riverain inférieur qui prétendit que les fissures avaient été pratiquées à dessein pour faciliter l'irrigation des prairies en aval. Si le fait avait été constant, il y aurait eu aggravation de servitude par suite de la construction nouvelle ; mais l'enquête donna un démenti à ces prétentions. Dès lors on rentrait dans le droit commun, et l'application de l'article 697 n'était plus douteuse (1).

303. Dans le même ordre d'idées, l'article 696 décide que celui qui établit une servitude est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi, dit le code, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage. La cour de Colmar a jugé que la transmission des eaux, acquise à titre de servitude par le propriétaire d'un moulin, lui donnait le droit de curer le canal, et par suite de déposer momentanément sur la rive les terres provenant du curage. Dans l'espèce, ce droit n'avait pas été exercé pendant longtemps, parce que le curage n'était pas nécessaire : pouvait-on soutenir que le propriétaire dominant l'avait perdu par le non-usage? Non, car il avait conservé la servitude, et par suite le droit de curage qui en est inséparable. L'arrêt admet cependant une restriction à ce droit, c'est que le propriétaire du fonds servant peut demander que le tribunal fixe les époques du curage et en règle l'exercice (2). Cette dé-

(1) Grenoble, 15 juillet 1867, confirmé par un arrêt de rejet du 17 juin 1868 (Dalloz, 1869, 1, 12).
(2) Colmar, 23 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 174).

cision est fondée sur l'esprit de notre législation. On voit par l'article 701 que les auteurs du code ont voulu concilier les intérêts opposés du propriétaire dominant et du propriétaire servant. Ce pouvoir de conciliation appartient au juge dans tous les cas où les conventions des parties n'ont pas réglé elles-mêmes leurs droits respectifs ainsi que les charges.

La cour de Riom a fait une très-sage application de ces principes dans une espèce où le propriétaire du fonds dominant réclamait la servitude de passage sur le fonds assujetti, comme moyen de s'assurer si le volume d'eau auquel il avait droit lui était réellement transmis. Il a été décidé en principe que la concession d'une prise d'eau emporte le droit d'en surveiller le cours, afin de s'opposer à tout changement qui en restreindrait la jouissance. Comme le droit de surveillance ne peut s'exercer qu'en passant sur le fonds servant, il en faut conclure que le propriétaire dominant a, dans ces limites, le droit de passage. Mais ce droit n'est pas un accessoire nécessaire de la servitude principale, comme il l'est, d'après l'article 696, pour la servitude de puisage. Ici encore il y a matière à conciliation. Si le propriétaire supérieur donne au propriétaire inférieur un moyen de constater d'une manière certaine que toute l'eau à laquelle il a droit lui est transmise, il n'y a plus de raison de réclamer le passage, toujours si incommode et si onéreux pour les fonds servants. Or, dans l'espèce, le propriétaire supérieur offrait de construire et d'entretenir en bon état, à ses frais, un canal pour conduire l'eau jusque dans le fonds dominant; il offrait de plus au propriétaire de ce fonds un sentier pour arriver à l'embouchure du canal, ce qui lui permettait de surveiller à chaque instant les deux extrémités du canal, et de constater par conséquent si le canal recevait et rendait bien toutes les eaux auxquelles il avait droit (1).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui, au premier abord, semble en opposition avec les décisions que nous venons d'analyser. Un canal servait à conduire les eaux

(1) Riom, 24 janvier 1856 (Dalloz, 1857, 2, 31).

dérivées d'un ruisseau dans trois propriétés différentes; le canal ne constituait donc pas une servitude d'aqueduc au profit d'un riverain ; tout ce que le demandeur réclamait, c'était le droit de prendre les eaux à leur arrivée dans son fonds et de s'opposer à tout changement dans leur direction et dans son mode de jouissance. La prise d'eau ainsi définie donnait-elle le droit de passage et de curage sur le fonds du demandeur? C'est cette question spéciale et limitée aux faits constatés que la cour de cassation décida négativement. Le canal d'irrigation était affecté, bien que dans des proportions différentes, à l'usage des trois fonds qu'il traversait; il en résultait que chacun des trois propriétaires était chargé, sauf conventions contraires, du curage et de l'entretien de la partie du canal qui était sur son domaine, sous l'obligation de ne rien entreprendre qui pût nuire aux autres. Si donc par négligence, ou par le refus d'opérer le curage sur son fonds, l'un d'eux entravait ou restreignait l'exercice du droit d'irrigation des autres, ceux-ci pouvaient le contraindre à exécuter les travaux nécessaires, ou se faire autoriser par le tribunal à les exécuter à ses frais. Le droit de copropriété ne va pas plus loin, sauf conventions contraires (1). Ce qui établit la différence entre l'arrêt de la cour de cassation et les autres arrêts que nous avons rapportés, c'est que, dans l'espèce, il y avait copropriété d'un canal d'irrigation, et que le droit de curer et de surveiller appartenait à chacun des riverains sur la partie du canal qui traversait sa propriété; dès que l'un d'eux ne recevait pas l'eau à laquelle il avait droit, il pouvait se plaindre et agir contre ses copropriétaires.

304. D'après l'article 702, celui qui a un droit de servitude ne peut faire ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. On demande si, par application de cette règle, le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude d'aqueduc peut s'immiscer dans l'usage que le propriétaire du fonds dominant fait des eaux. C'est

(1) Arrêt de rejet du 18 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 240).

une question de fait : l'usage aggrave-t-il la servitude, le propriétaire qui la doit peut réclamer : ne l'aggrave-t-il pas, il n'y a pas lieu à réclamation. Il a été jugé que le propriétaire du fonds qui devait la servitude d'aqueduc ne pouvait s'immiscer dans l'usage de l'eau après qu'elle était sortie de sa propriété, parce qu'il n'y avait pas intérêt. En effet, dans l'espèce, il n'était pas allégué que le propriétaire à qui la servitude était due l'eût aggravée en prenant une quantité d'eau plus grande que celle à laquelle il avait droit, ou en faisant des constructions qui ne fussent pas nécessaires à l'exercice de la servitude ; or, sans intérêt, pas d'action (1). Par contre, il a été jugé que celui qui a une prise d'eau pour l'irrigation d'un fonds ne peut pas se servir des eaux pour le roulement d'une usine, parce que cela aggraverait la servitude. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que la question étant de fait, l'appréciation de la cour d'appel était souveraine (2).

305. La servitude concédée par un riverain l'empêche-t-elle d'user des eaux et par suite de faire de nouvelles concessions? En principe, il faut répondre négativement, en ce sens que la servitude n'est pas une abdication de la propriété, elle en restreint seulement l'exercice; le propriétaire conserve donc le droit de jouir et de concéder de nouvelles servitudes, sous la condition, bien entendu, de ne porter aucune atteinte aux droits que donne la première concession. Cela ne fait aucun doute (3).

f) *De la prescription.*

306. Le droit des riverains peut-il être modifié par la prescription? En principe, l'affirmative n'est pas douteuse. Les droits qui peuvent être réglés ou modifiés par des conventions, sont par cela même assujettis à la prescription;

(1) Arrêt de rejet du 30 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 294).
(2) Grenoble, 28 août 1856, et arrêt de rejet du 5 mai 1857 (Dalloz, 1857, 1, 297).
(3) Arrêt de la cour de cassation du 28 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 416).

la prescription implique le plus souvent une convention préexistante. On pourrait objecter la maxime d'après laquelle les eaux courantes étant communes à tous les riverains, sont par cela même placées hors du commerce, et partant inaliénables et imprescriptibles (n° 269). La maxime est vraie, mais en ce sens seulement que l'eau courante échappe à une appropriation exclusive ; ce qui n'empêche pas les riverains d'y avoir des droits que l'on a comparés à la propriété, droits qui sont en tout cas dans le commerce, puisqu'ils sont l'objet de conventions ; donc ils peuvent aussi être prescrits.

Cependant on lit dans beaucoup d'arrêts que le droit aux eaux est imprescriptible ; il nous faut voir en quel sens cela est vrai. Il y a des droits qui ne se perdent point par la prescription ; on les appelle droits de pure faculté, parce que c'est une faculté naturelle ou légale de les exercer ou de ne les pas exercer, et d'en user de telle manière ou d'une autre manière. Donc ne pas user de ces droits n'implique aucunement la volonté de les abdiquer, d'y renoncer ; pas plus que tel usage ne peut être invoqué contre celui qui n'a pas trouvé bon d'en faire un usage différent. Or, là où l'on ne peut supposer aucune volonté de renoncer à un droit, il ne peut s'agir de l'extinction de ce droit par le non-usage ou la prescription ; comment aurait-il perdu son droit en n'en usant pas, alors qu'il avait la faculté de n'en pas user ? De sorte que l'on pourrait dire qu'en n'exerçant pas son droit, il en a usé (1). Tel est le droit des riverains sur les eaux qui bordent ou traversent leurs fonds. Ils n'en ont pas usé pendant un temps immémorial ; ont-ils perdu par là leur droit sur les eaux ? Non ; s'ils n'en ont pas usé, c'est qu'ils n'en avaient aucun besoin ; la nécessité se présentant, leur droit s'ouvre ; ils n'y ont jamais renoncé, leur inaction n'implique aucune renonciation, puisque leur inaction même était un droit. Peu importe que, pendant un temps immémorial, un autre riverain ait usé des eaux exclusivement ; il n'a pas pu acquérir par

(1) Dumoulin, sur l'article 1er de la *Coutume de Paris*, glose 4, n° 5. Demolombe, t. XI, p. 219, n° 177. Aubry et Rau, t. III, p. 52 et note 34.

cette longue possession un droit exclusif sur les eaux, car sa possession n'implique aucune contradiction au droit de l'autre riverain, aucune renonciation de la part de celui-ci ; c'est un copropriétaire qui use seul d'une chose commune, aussi longtemps qu'un autre communiste ne veut pas ou ne peut pas en user ; la chose n'en reste pas moins commune et le droit d'en user subsiste au profit de celui qui ne s'en est pas encore servi, mais qui peut s'en servir d'un instant à l'autre.

Cette doctrine est consacrée par la jurisprudence ; nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de cassation qui la formule nettement. « Les droits, dit la cour, que la loi accorde aux riverains relativement à l'usage des eaux courantes, constituent des facultés qui ne sauraient périr par le non-usage, quelque prolongé qu'on le suppose (1). » Dans l'application, la question se complique quelquefois par les circonstances particulières de la cause. D'ordinaire le débat s'élève entre un propriétaire qui veut se servir des eaux pour l'irrigation de ses fonds et un usinier qui s'est emparé des eaux pendant l'inaction des riverains, et qui prétend maintenir cette jouissance exclusive. Dans une affaire qui s'est présentée devant la cour de Grenoble, l'usinier revendiquait la propriété du canal comme étant fait de main d'homme, ce qui excluait les riverains de l'usage des eaux. Après enquête et inspection des lieux, le juge de première instance décida que le canal n'avait point été construit de main d'homme, et qu'il y avait lieu par suite à appliquer l'article 644 au profit des autres riverains. La cour d'appel ne partagea pas entièrement cette conviction ; c'était, paraît-il, une de ces rivières dont les anciens seigneurs avaient modifié le cours, sans doute dans l'intérêt d'un moulin, mais qui, traversant plusieurs terres, avait servi aux usages des riverains ; on sait que la jurisprudence les assimile aux cours d'eau naturels (n° 267) ; ce qui était décisif en faveur des riverains. L'usinier souleva

(1) Arrêt de rejet du 11 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 418). Comparez Bourges, 8 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 252, 2°) ; Lyon, 15 novembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158) ; Limoges, 25 juillet 1860 (Dalloz, 1861, 2, 99).

une nouvelle difficulté; il réclama l'usage exclusif de l'eau, comme ayant cause des anciens propriétaires, mais il ne justifiait pas de cette prétention. De sorte qu'en définitive on restait sous l'empire de l'article 644, ce qui donnait gain de cause aux riverains (1).

307. L'application du principe de l'imprescriptibilité à l'action possessoire qui appartient aux riverains donne lieu à une difficulté plus sérieuse. Nous avons dit que la jouissance que les riverains exercent en vertu de l'article 644 est protégée par une action possessoire. La jurisprudence se fonde sur ce que la possession annale du riverain a une base légale; dès lors elle implique un droit, et la loi qui accorde ce droit doit aussi en maintenir la jouissance. Mais l'action possessoire appartient-elle également au riverain qui de fait s'est emparé de l'usage exclusif des eaux, lorsque, sortant de leur inaction, les autres riverains exercent les droits que leur donne l'article 644? On ne peut plus dire que la jouissance du riverain qui de fait a usé seul des eaux soit une jouissance légale, car la loi ne lui donne pas la jouissance exclusive d'une chose commune; c'est, au contraire, une possession précaire, puisque d'un jour à l'autre le riverain qui n'a pas usé des eaux peut s'en servir; par suite, il n'y a pas lieu à l'action possessoire. Cela est aussi fondé en raison. On ne peut pas dire que le riverain qui, sortant de sa longue inaction, se sert des eaux, trouble la possession exclusive de son coriverain; il n'y a pas de trouble là où il y a exercice d'un droit (2).

308. De ce que les droits de pure faculté ne se prescrivent pas, il faut se garder de conclure que les droits des riverains sur les eaux ne peuvent pas être étendus ou restreints par la prescription. Un riverain peut céder ses droits en tout ou en partie à un riverain; ces droits sont donc dans le commerce, par suite ils peuvent faire l'objet de la prescription. Le principe n'est pas contesté, mais la

(1) Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

(2) Arrêt de rejet du 27 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 297). La jurisprudence et la doctrine concernant les actions possessoires en matière de cours d'eau sont résumées dans une note de Dalloz *ibid.*, p. 297.

difficulté est de savoir sous quelle condition un riverain peut prescrire le droit sur les eaux. Il faut qu'il y ait une contradiction au droit que le riverain tient de la loi et dont il peut à la rigueur ne pas user; la contradiction doit être de telle nature que le droit de pure faculté soit interverti et changé en servitude. De là suit que le riverain qui veut acquérir le droit de se servir exclusivement des eaux, doit manifester cette volonté par un acte qui mette le coriverain en demeure de maintenir son droit, s'il ne veut y renoncer. Si celui-ci, au lieu de revendiquer le droit qui lui appartient en vertu de la loi, n'agit pas, s'il garde le silence, alors qu'il devrait repousser les prétentions de son coriverain comme une usurpation, il faut croire qu'il renonce à son droit; dès lors la prescription devient possible (1).

La règle est certaine; reste à savoir dans quels cas et sous quelles conditions il y a contradiction au droit de pure faculté et interversion de ce droit. Il s'agit de restreindre un droit, donc de l'établissement d'une servitude. Pour qu'une servitude puisse s'acquérir par prescription, il faut qu'elle soit continue et apparente, que de plus la possession ait les caractères exigés par la loi, et qu'elle dure trente ans. Quant aux conditions requises pour qu'une servitude puisse s'établir par la prescription, il n'y a aucun doute; il n'y a que les servitudes continues et apparentes qui s'acquièrent par la possession. Dans l'espèce, la servitude est continue et apparente, puisque la prise d'eau s'exerce sans le fait de l'homme, et nous supposons qu'elle s'annonce par des ouvrages extérieurs (2). On objecte qu'il ne s'agit pas d'une prescription acquisitive au profit du riverain qui a la jouissance exclusive des eaux, qu'il s'agit pour le riverain de perdre un droit par le non-usage et par la contradiction que lui oppose un coriverain.

(1) Demolombe, t. XI, p. 221, nº 178. Aubry et Rau, t. III, p. 52 et note 34.

(2) Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 161). Sur le caractère de *continuité* de la servitude de conduite d'eau, voyez arrêt de rejet du 5 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 22). S'il n'y a pas d'ouvrages *apparents*, il n'y a pas de prescription (Grenoble, 17 mai 1864, dans Dalloz, 1865, 2, 148).

C'est ainsi que d'excellents auteurs entendent la prescription en matière de cours d'eau (1). Il nous semble qu'il ne peut être question de l'extinction pure et simple d'un droit de pure faculté ; s'il s'éteint, c'est qu'un autre riverain acquiert le droit que son coriverain perd ; et c'est précisément cette acquisition d'un droit exclusif sur les eaux qui fait perdre le droit que le coriverain tient de la loi. C'est ainsi que les choses se passent quand par convention un riverain cède son droit ou le restreint en faveur d'un coriverain ; or, la prescription tient lieu de convention, pour mieux dire elle implique une renonciation conventionnelle. Donc l'extinction du droit de l'un est la suite de l'acquisition qu'un autre fait du droit appartenant au premier. C'est dire que la prescription dont il s'agit est essentiellement acquisitive. Il en est, sous ce rapport, des eaux courantes comme des eaux de source. Le propriétaire de la source ne perd son droit de libre disposition des eaux que lorsque le propriétaire inférieur a acquis un droit aux eaux par titre ou par prescription. De même les riverains d'un ruisseau ne perdent les droits que la loi leur accorde que par convention ou prescription.

309. La prescription est donc essentiellement acquisitive. Reste à savoir quel doit être le caractère des ouvrages faits par le riverain pour qu'il acquière un droit exclusif aux eaux. Suffit-il qu'il fasse des ouvrages soit sur son fonds, soit sur le fonds de son voisin, et que ces ouvrages soient destinés à conduire les eaux sur ses fonds ? Il faut de plus, d'après le principe que nous venons de poser, que ces travaux impliquent une contradiction aux droits du riverain contre lequel on veut prescrire, ce qui a lieu quand les travaux mettent le coriverain dans l'impossibilité d'user des eaux. Il en est ainsi quand le riverain supérieur s'empare, moyennant des barrages, d'un volume d'eau plus grand que celui auquel il a droit en vertu de l'article 644 ; les riverains inférieurs ne pouvant pas se servir des eaux ainsi détournées, sont par cela même mis en demeure de repousser cette usurpation, s'ils veulent maintenir leur

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 52 et suiv., et les notes.

droit (1). Peu importe sur quel fonds les travaux s'exécutent; quand même on admettrait, ce que nous n'admettons pas, que, dans le cas de l'article 642, les travaux doivent se faire sur le fonds servant, on ne pourrait pas appliquer cette disposition à l'usage des eaux courantes, parce que la condition n'aurait pas de raison d'être. Ce qu'il faut, dans l'espèce, c'est que les travaux constituent une contradiction, et il ne saurait y avoir de contradiction plus énergique que celle qui met le riverain dans l'impossibilité d'user de son droit (2).

Par cela même, des travaux faits par un riverain inférieur, fût-ce sur le fonds supérieur, ne suffiraient pas pour acquérir un droit sur les eaux au préjudice du riverain supérieur. En effet, ces travaux n'empêchent pas le riverain supérieur d'user des eaux; ils ne servent donc qu'à faciliter au riverain inférieur l'usage des eaux; or, le riverain inférieur peut se servir des eaux pendant mille ans, comme le dit un ancien auteur, sans que ce long usage empêche le riverain supérieur d'user du droit que la nature et la loi lui accordent. Il n'y a donc pas de contradiction contre le droit du riverain supérieur, donc pas de prescription. Est-ce à dire que le riverain inférieur ne puisse pas prescrire l'usage des eaux? Non, certes. Seulement il faut que sa possession soit exclusive du droit appartenant au riverain supérieur, et puisque les travaux ne suffisent pas pour cela, il faudra de plus un acte judiciaire ou extrajudiciaire par lequel le riverain déclare formellement s'opposer à ce que le riverain supérieur use des eaux comme l'article 644 lui en donne le droit (3). Cela se fait d'ordinaire quand le riverain supérieur prétend se servir

(1) Arrêts de rejet du 23 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 294), du 26 juillet 1864 (Dalloz, 1865, 1, 70) et du 11 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 468).

(2) Pau, 27 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 183). En sens contraire, Limoges, 25 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99); Grenoble, 17 mai 1864 (Dalloz, 1865, 2, 148).

(3) « La prescription, dit la cour de cassation, doit prendre son appui dans une contradiction opposée à l'exercice de la faculté appartenant au riverain, avec les conditions de manifestation extérieure exigées en pareil cas » (arrêt de cassation du 23 novembre 1858, dans Dalloz, 1859, 1, 18). Comparez un arrêt de rejet du 4 avril 1842 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 160) qui paraît se contenter de travaux faits sur le fonds supérieur.

des eaux, et que le riverain inférieur, troublé dans sa jouissance exclusive, intente une action possessoire en invoquant le droit qu'il a sur les eaux. S'il est maintenu en possession, il y a contradiction formelle. A partir de ce moment, le droit du riverain supérieur est interverti; il ne peut plus dire que s'il n'use pas des eaux, c'est qu'il a la faculté d'user ou de ne pas user, car on lui dénie la faculté d'user, on le lui défend, et il se soumet à cette défense. C'est dire qu'il a renoncé à son droit. Du moins il y aura renonciation ou prescription, s'il reste trente ans sans exercer son droit ou sans le réclamer en justice.

Faut-il nécessairement que le riverain inférieur se fasse maintenir en possession par une complainte? Non; il se peut même qu'il ne réussisse pas à se faire maintenir en possession, sa possession ayant encore les apparences d'une possession précaire. Pour qu'elle prenne le caractère d'une possession à titre de propriétaire, il suffit que, par acte extrajudiciaire, il fasse défense formelle au riverain supérieur d'user des eaux. Si celui-ci obéit à cette injonction, il ne peut plus invoquer le droit de pure faculté qu'il tient de la loi; la prescription commencera à courir au profit du riverain inférieur. Cette doctrine était déjà suivie dans l'ancien droit. Guy Coquille dit : « Les choses qui consistent en pure faculté peuvent être prescrites lorsqu'il y a eu prohibition de les faire et que, déférant à cette prohibition, on ne s'est pas servi de la faculté pendant trente ans. »

Faut-il aller plus loin et admettre la prescription au profit du riverain inférieur par cela seul qu'il aurait signifié cette défense? ou doit-il en outre justifier d'une possession trentenaire réunissant les conditions voulues par la loi? Nous avons répondu d'avance à la question. Dans notre opinion, la prescription est acquisitive, ce qui est décisif.

310. Ces principes s'appliquent non-seulement au volume d'eau, mais aussi à la manière dont les riverains en usent. Pendant un temps immémorial, le propriétaire d'un moulin l'avait fait mouvoir suivant le système des éclusées. Peut-il remplacer ce système reconnu défectueux par un système nouveau, en mettant en mouvement la roue

motrice par le cours de l'eau laissé à sa liberté? On suppose que ce changement cause un préjudice au propriétaire du moulin inférieur. Celui-ci prétend que l'usage immémorial des eaux d'après un certain mode constitue une servitude à son profit. Cette prétention a été repoussée par la cour d'Orléans; elle est en opposition avec les principes que nous venons de formuler, et qui ont leur base dans le texte même du code. Le propriétaire dont une eau traverse l'héritage peut s'en servir ou ne pas s'en servir, c'est pour lui un droit de pure faculté; par la même raison, il a la faculté de faire tel ou tel emploi des eaux, et il n'est tenu qu'à une chose envers le propriétaire inférieur, c'est de rendre les eaux, à la sortie de son fonds, à leur cours ordinaire, non diminuées par un usage abusif. L'usage d'un droit de pure faculté ne peut être invoqué par le riverain inférieur pour y baser une prescription. En vain l'usinier inférieur invoquerait-il le pouvoir modérateur que l'article 645 donne aux tribunaux : ce pouvoir ne va pas jusqu'à établir une servitude là où il y a le simple exercice d'un droit de pure faculté. On ne peut pas soutenir non plus, comme on l'a fait, que le long usage a la force d'un règlement, et que les tribunaux doivent observer les règlements, aux termes de l'article 645. Un règlement suppose une autorité publique qui l'a porté dans un intérêt général; tandis que, dans l'espèce, il y a simplement un certain mode d'user des eaux (1).

311. Un établissement non autorisé peut-il invoquer la prescription? L'action de l'autorité publique n'a rien de commun avec les droits des particuliers; elle intervient dans un intérêt général et non dans l'intérêt de celui contre lequel une prescription court. Celui-ci n'a pas besoin de cette intervention pour sauvegarder son droit; il a trente ans pour interrompre la prescription; si, pendant ce long espace, il garde le silence, on doit supposer qu'une convention est intervenue entre lui et son coriverain; or, les propriétaires entre eux sont toujours libres de régler leurs

(1) Orléans, 27 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57 et la note). Comparez Limoges, 25 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99).

intérêts d'après leurs convenances. Ces conventions ou ces prescriptions que les tribunaux sont appelés à protéger n'enlèvent aucun droit à l'administration; celle-ci conserve toute sa liberté d'action (1). Autre est la question de savoir si une possession contraire à un règlement administratif peut fonder une prescription; nous y reviendrons plus loin, en traitant du pouvoir réglementaire.

312. Dans ce que nous venons de dire, nous avons supposé que le débat s'établit entre riverains. On demande si un propriétaire non riverain peut se prévaloir de la prescription. L'affirmative est admise par la doctrine et par la jurisprudence (2). On ne discute pas même la question, tellement la solution paraît évidente. L'opinion générale admet que les non-riverains peuvent acquérir par convention un droit aux eaux; or, les droits qui peuvent faire l'objet des conventions tombent aussi sous l'empire de la prescription. Mais si, comme nous le croyons, le droit aux eaux n'appartient qu'aux riverains, si ceux-ci ne peuvent pas le céder à un non-riverain, alors il est difficile d'admettre la prescription. Il faudrait le consentement de tous les riverains intéressés pour permettre à un non-riverain d'user des eaux; si donc la prescription était invoquée, celui qui s'en prévaut devrait prouver qu'il a prescrit contre tous les riverains. Si, en réalité, tous les riverains étaient présumés avoir consenti aux entreprises faites sur un cours d'eau par un non-riverain, la prescription serait admissible. Hors ce cas peu probable, nous ne croyons pas que la prescription puisse donner un droit à un non-riverain.

313. Quels sont les effets de la prescription? Il a été jugé que la prescription donne seulement à celui qui l'a acquise le droit de participer à la jouissance du cours d'eau, mais qu'elle ne prive pas le propriétaire contre lequel on l'invoque du droit de se servir des eaux qui lui appartient en vertu de l'article 644 (3). Cela est trop absolu. Il y a un

(1) Arrêt de rejet du 20 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 118).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 54, et note 37. Lyon, 13 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 284).
(3) Lyon, 13 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 284).

vieil adage qui détermine les effets de la prescription, d'après le caractère de la possession : *tantum præscriptum quantum possessum*. Par application de ce principe, la cour de cassation a décidé que celui qui n'avait jamais usé des eaux que pendant quarante-huit heures par semaine ne pouvait pas prétendre à un droit illimité d'irrigation (1). Par contre, si l'un des riverains avait joui exclusivement des eaux en mettant le coriverain dans l'impossibilité absolue d'en user, il aurait certes prescrit la jouissance illimitée des eaux. Car ce que l'on peut acquérir par convention, on peut aussi le prescrire. Or, rien n'empêche un riverain d'aliéner complétement son droit aux eaux; si ce droit peut être vendu, il peut aussi être prescrit. Ainsi on peut acquérir par la prescription, soit la propriété des eaux, dans le sens de l'article 644, soit une restriction aux droits que l'un des riverains a en vertu de cette disposition, c'est-à-dire une servitude. Ce seront les caractères de la possession qui décideront s'il y a acquisition de la propriété ou d'une servitude. Il y a, sous ce rapport, une différence entre les eaux courantes et les sources. Nous avons enseigné que le propriétaire de la source ne peut pas transférer son droit d'user des eaux à sa volonté, parce que ce droit est attaché au fonds où la source prend naissance : le propriétaire inférieur ne peut donc acquérir qu'une servitude en vertu de l'article 642; tandis que rien n'empêche le riverain de céder à un autre riverain tout le droit que lui donne l'article 644; ce qui décide aussi la question de prescription.

III. *Pouvoir réglementaire de l'autorité administrative.*

a) *Règlements généraux.*

314. On a contesté à l'administration le droit de réglementer les cours d'eau non navigables. L'article 644, a-t-on dit, donne aux riverains un droit absolu d'user des eaux, en ce sens que le code ne le subordonne pas à une

(1) Arrêt de rejet du 25 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 495).

condition quelconque. Mais l'article 644 ne peut pas être séparé de l'article 645 qui en est la suite et le complément. Or, aux termes de cette dernière disposition, s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux courantes peuvent être utiles, les juges doivent observer les règlements locaux sur le cours et l'usage des eaux. Il y a d'ailleurs des lois générales, celles du 20 août 1790, du 6 octobre 1791 et du 4 floréal an XI, qui chargent les administrations départementales d'assurer le libre cours des eaux, et de les diriger vers un but d'utilité générale. Il est certain que ces lois donnent à l'administration le droit de faire des règlements sur les cours d'eau non navigables aussi bien que sur les rivières navigables. La seule difficulté est de préciser les limites de ce pouvoir réglementaire; or, les lois que nous venons de citer, y compris le code Napoléon, sont tellement vagues, qu'il est impossible à l'interprète de dire où s'arrête l'intervention de l'autorité administrative.

Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Un préfet fit un règlement sur la rivière de l'Eure; il ordonnait de poursuivre ceux qui se permettraient de détourner les eaux à volonté, et il défendait de faire des saignées dans la rivière sans l'autorisation préalable de l'administration. On contesta devant la cour de cassation la légalité de ces arrêtés. La loi de 1790, dit-on, et celles qui furent portées postérieurement donnent bien aux préfets le droit de prendre des mesures de police pour assurer le libre cours des eaux, mais elles ne leur permettent pas d'assujettir à une autorisation préalable l'exercice d'un droit naturel que le code consacre dans l'article 644. Le code donne formellement à celui dont une eau courante traverse l'héritage le droit d'en détourner le cours dans les limites de sa propriété; est-ce qu'un préfet peut leur interdire ce que la loi autorise? L'article 644 donne aux riverains le droit de se servir des eaux pour l'irrigation de leurs fonds; est-ce qu'un préfet peut modifier ce droit en le soumettant à l'intervention de l'administration? La cour de cassation décida qu'il appartenait à l'administration de régler tout ce qui concerne la police des eaux et l'ordre

public (1). La décision est aussi vague que les lois sur lesquelles elle s'appuie. On peut encore citer l'article 645 du code civil, qui reconnaît force obligatoire aux règlements concernant l'*usage* des eaux, ce qui semble investir l'administration d'un pouvoir illimité. Il faudrait une loi qui traçât les limites dans lesquelles ce pouvoir peut s'exercer; l'interprète doit appliquer les lois, il ne peut pas les corriger.

En Belgique, la question se complique, notre Constitution reconnaissant aux tribunaux un pouvoir plus étendu que celui dont ils jouissent en France. Aux termes de l'article 107, « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. » Les tribunaux ont donc le droit et le devoir d'examiner si le règlement dont on demande l'application a été porté par l'autorité compétente, dans la limite de ses attributions, et s'il est conforme aux lois (2). Quelle est l'autorité chargée de faire des règlements sur les cours d'eau non navigables? D'après la loi fondamentale de 1815, la surveillance du régime des eaux appartenait aux états provinciaux (art. 221). Notre Constitution ne reproduit pas cette disposition, mais elle attribue aux conseils provinciaux tout ce qui est d'intérêt provincial (art. 108, n° 2). Comment savoir ce qui est d'intérêt provincial? Il faut naturellement recourir aux lois antérieures qui ont réglé les divers objets d'intérêt local. Nous aboutissons à la conclusion que c'est toujours la loi de 1790 et les autres lois françaises que nous avons citées qui déterminent les attributions des conseils provinciaux en matière de cours d'eau. La loi communale ne laisse aucun doute sur ce point, puisqu'elle charge le collége des bourgmestre et échevins de faire entretenir les cours d'eau, conformément aux lois et aux règlements de l'autorité provinciale (art. 90, n° 12).

(1) Arrêt de rejet du 9 mai 1843 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 457). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 59 et notes 60 et 61; et jugement du tribunal de Liége, du 6 août 1852, confirmé par un arrêt de rejet du 18 octobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 102).

(2) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 8 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 109), du 18 octobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 101).

La Constitution et la loi provinciale donnent le pouvoir réglementaire aux conseils provinciaux. A côté du conseil il y a une députation permanente qui a aussi des attributions en matière de cours d'eau, mais elle ne prend régulièrement que des mesures d'intérêt particulier, à l'égard des parties qui sont en cause devant elle; ce sont, non pas des règlements, mais des décisions administratives. Ce n'est que par exception que les députations permanentes exercent le pouvoir réglementaire, en cas d'urgence et quand le conseil n'est pas assemblé : ce qui se présentera rarement (1).

315. Les conseils communaux ont aussi un pouvoir réglementaire en matière de petite voirie, mais ce pouvoir ne s'étend pas sur les cours d'eau, puisque des lois spéciales attribuent à l'autorité provinciale le droit de faire des règlements sur les rivières non navigables (2). En France, on a jugé dans le même sens, toutefois avec cette réserve, que l'administration supérieure peut déléguer ses pouvoirs (3). Dans notre ordre constitutionnel, une pareille délégation ne se conçoit pas : les attributions des autorités provinciales et locales sont fixées par la loi, d'après les principes établis par la Constitution, et les pouvoirs publics ne se délèguent pas. Autre est la question de savoir si un arrêté pris par l'autorité communale et approuvé par l'autorité provinciale compétente aurait force obligatoire. D'après la rigueur des principes, il faudrait encore répondre négativement; car un règlement approuvé ne devient pas l'œuvre de celui qui l'approuve, et le corps dont il émane étant incompétent, il n'y a réellement pas d'acte réglementaire. La jurisprudence s'est cependant prononcée pour la validité, en France (4) et en Belgique (5).

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 29 octobre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 158) et le réquisitoire de M. l'avocat général Dewandre (*ibid.*, p. 163).

(2) Arrêt de la cour de cassation de Belgique du 30 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 299).

(3) Arrêt de rejet de la chambre criminelle du 1er octobre 1846 (Dalloz, 1846, 4, 441).

(4) Arrêt de rejet du 29 novembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 489).

(5) Arrêt de rejet du 8 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 108).

Quand on dit que les autorités locales sont incompétentes pour réglementer les cours d'eau, c'est au point de vue de la direction des eaux; mais il y a des intérêts de police qui sont confiés aux communes, tels que la sûreté et la salubrité publiques. Quand un de ces intérêts est en cause, l'autorité municipale est compétente pour le régler, bien qu'il s'agisse d'un cours d'eau. Ainsi quand les eaux des fleuves sont gonflées outre mesure, ou bien lorsque ces eaux présentent habituellement des dangers pour les barques et bateaux, l'autorité locale peut défendre le passage des rivières, soit pendant un certain temps pour tout le cours d'eau, soit pour toujours sur les points dangereux. Ces règlements étant pris pour garantir la sûreté des citoyens, en prévenant les accidents qui pourraient menacer leur vie, sont pris dans les limites des attributions que les lois confient aux autorités locales (1). Il en faut dire autant de la salubrité publique (2).

316. Nous laissons de côté les attributions des communes en matière de cours d'eau ; elles sont étrangères aux principes que nous exposons pour le moment. Quant aux autorités provinciales, leur compétence est réglée par des lois qu'il importe de transcrire, pour que nos lecteurs comprennent les difficultés auxquelles elles donnent lieu. La première loi est celle du 22 décembre 1789 ; elle est ainsi conçue (sect. III, § 2, n° 6) : « Les administrations de département seront encore chargées, sous l'autorité et l'inspection du roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, de toutes les parties de cette administration, notamment de celles qui sont relatives... 6° à la *conservation* des forêts, *rivières*, chemins. » La loi, en forme d'instruction, des 12 et 20 août 1790 (chap. VI) précise les droits et devoirs des autorités départementales : « Elles doivent aussi rechercher et indiquer le moyen de procurer *le libre cours des eaux*, d'empêcher que les *prairies* ne soient *submergées* par la trop

(1) Arrêt de cassation de la chambre criminelle du 16 octobre 1835 (Dalloz, au mot *Commune*, n° 1015).

(2) Arrêts de cassation du 25 mars 1865 (Dalloz, 1865, 1, 398) et du 8 décembre 1865 (Dalloz, 1869, 5, 336, n° 6).

grande élévation des *écluses*, les *moulins* et autres *ouvrages d'art* établis sur les rivières; de *diriger* enfin, autant qu'il sera possible, *toutes les eaux* du territoire vers un but d'*utilité générale*, d'après les principes de l'*irrigation.* » Vient ensuite la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 (tit. II, art. 16) qui ne fait qu'appliquer celle de 1790 : « Les propriétaires seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à personne, et qui sera fixée par le directoire de département. » Enfin l'article 645, en chargeant les tribunaux de décider les contestations qui s'élèvent entre les propriétaires riverains, veut que les règlements locaux sur le *cours* et l'*usage* des eaux soient observés.

317. La loi de 1790 établit un principe général qui est hors de toute contestation, c'est que l'administration n'intervient que dans un but d'*utilité générale*; si un débat s'élève entre les riverains sur l'usage des eaux, ces contestations sont de la compétence des tribunaux, parce qu'elles touchent à des intérêts purement privés. Rien de plus simple que ce principe; il résulte de la séparation et de la mission des deux pouvoirs qui sont appelés à exécuter et à appliquer les lois, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Les tribunaux n'agissent que lorsqu'ils sont saisis d'une demande, et il n'y a pas de demande sans intérêt; ce sont donc essentiellement des intérêts privés sur lesquels les tribunaux statuent en décidant les contestations auxquelles ils donnent lieu. Tandis que le pouvoir réglementaire de l'administration a pour objet des intérêts généraux; quand les conseils provinciaux interviennent, c'est pour régler des *intérêts provinciaux*, comme le dit notre Constitution, donc des intérêts qui concernent une généralité de citoyens, ou comme le dit plus énergiquement encore le législateur de 90, l'*utilité générale*. Si le principe est simple, il n'en est pas de même de l'application; elle touche à des intérêts particuliers; les riverains sont en cause lorsque l'administration exécute ses règlements, et ils sont en cause quand les tribunaux appliquent les lois ou les règlements qui tiennent lieu de loi. Quelle est donc la ligne de démarcation des deux pouvoirs, et

comment savoir si c'est l'administration qui doit intervenir ou si ce sont les magistrats (1)?

318. Il faut s'en tenir au principe que l'autorité provinciale administre et règle des intérêts généraux, alors même qu'elle prend une mesure qui touche à des intérêts individuels. Dès que ces intérêts sont en conflit, il ne s'agit plus d'*intérêts*, mais de *droits;* la contestation doit être portée devant les tribunaux qui ont mission de maintenir les droits et les obligations. Un arrêt de la cour de cassation a nettement formulé cette distinction. « Les règlements des cours d'eau, dit la cour, appartiennent exclusivement à l'autorité administrative, toutes les fois que les conséquences de ces règlements peuvent atteindre soit un *intérêt général*, soit l'*intérêt de tiers* non parties au litige, soit un acte émané de l'autorité administrative pour ordonner ou pour défendre certains travaux; mais il appartient à l'autorité judiciaire de statuer sur les contestations entre particuliers, lorsqu'elles n'engagent que la question de savoir quels *droits* respectifs sur un cours d'eau résultent pour eux seuls des conventions qu'ils ont réciproquement consenties (2). » Dans un autre arrêt, on lit que « l'autorité administrative règle les cours d'eau dans l'*intérêt collectif* des riverains, et que l'autorité judiciaire statue sur les contestations qui s'élèvent entre des particuliers à l'occasion du *mode de jouissance* des cours d'eau et des entreprises qui peuvent y être faites (3). »

Il est de principe que l'intérêt général domine sur l'intérêt privé; quand donc l'administration réglemente un cours d'eau, les riverains ne peuvent pas attaquer le règlement ni se dispenser de l'observer, par la raison qu'il froisse leur intérêt privé (4). Mais la maxime qui subordonne l'intérêt privé à l'intérêt général ne signifie pas que le pouvoir administratif puisse léser les droits des individus, tels qu'ils résultent soit de la loi, soit de leurs con-

(1) Demolombe, t. XI, p. 238, nº 199.
(2) Arrêt de rejet du 2 juillet 1839 (Dalloz, au mot *Eaux*, nº 563, 10º).
(3) Arrêt de cassation de la chambre criminelle du 16 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 359).
(4) Arrêt de rejet du 14 février 1870 de la cour de cassation de Belgique

ventions. L'administration ne statue pas sur les droits, elle les réserve toujours dans ses décisions; si un débat s'élève sur les droits des individus, elle est incompétente; les tribunaux seuls ont mission de décider la contestation.

319. On sait qu'en France l'administration a un pouvoir beaucoup plus étendu que celui dont elle jouit en Belgique. L'autorité administrative est envahissante de sa nature. Plus d'une fois le conseil d'Etat a dû intervenir pour réprimer les excès de pouvoir des préfets. Il ne sera pas inutile de citer quelques traits de ces usurpations, avant d'aborder les difficultés qui se sont présentées devant les cours de Belgique. Un descendant d'un maréchal de l'Empire possède aujourd'hui une terre qui appartenait jadis à madame de Pompadour. Des eaux amenées dans le parc y forment des cascades, des jets d'eau qui constituent un des grands agréments de la propriété. Des difficultés s'élevèrent entre le propriétaire et les riverains inférieurs sur l'usage des eaux; le tribunal eut le tort de se déclarer incompétent. Intervint alors un arrêté du préfet, dont voici quelques dispositions : il enjoignit au duc de Conegliano de démolir une partie du mur de clôture de son parc et de le reconstruire de façon à rendre constamment visibles et accessibles, soit pour le garde-rivière, soit même pour les riverains intéressés, divers ouvrages dont le préfet crut devoir ordonner l'établissement dans l'intérieur du domaine. L'arrêté allait jusqu'à réglementer la forme et le jeu du jet d'eau dans ses plus minutieux détails. Que deviendrait la liberté du domicile si on laissait faire l'administration? Nos vieilles coutumes disaient que « pauvre homme dans sa maison roi est. » N'oublions jamais que la liberté de l'individu constitue sa vie. Le conseil d'Etat annula l'arrêté du préfet, non-seulement pour ces excès incroyables, mais pour avoir méconnu les limites du pouvoir administratif, lequel ne peut régler que des

(*Pasicrisie*, 1870, 1, 261) : « Les dispositions édictées par l'administration obligent tous les habitants du pays, et nul ne peut les enfreindre sous le prétexte qu'elles froissent un intérêt privé. » Comparez arrêt de rejet du 4 avril 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 194).

intérêts publics ou collectifs dans un but d'intérêt général (1).

320. Faut-il conclure de là que l'administration est incompétente dès qu'un intérêt individuel est en cause? La question s'est présentée dans une affaire qui a eu un long retentissement, ayant donné lieu à trois arrêts de la cour de cassation de Belgique. Quand elle revint pour la troisième fois devant la cour suprême, le tribunal de Charleroi avait refusé d'appliquer un arrêté de la députation permanente du Hainaut qui fixait la hauteur du déversoir d'une usine. Cette usine jouissait d'une retenue plus considérable; un seul riverain s'était plaint, dans un intérêt particulier; le conseil des ponts et chaussées reconnut que la hauteur des eaux n'affectait en rien l'intérêt public, ce qui n'empêcha pas la députation de la réduire. Il sembla au tribunal que la députation était sortie de ses attributions en statuant sur une contestation entre deux usiniers, concernant la hauteur à laquelle l'un d'eux prétendait retenir les eaux. « S'il est vrai, dit le tribunal, qu'il appartient à la députation de régler tout ce qui se rapporte à l'intérêt public de la province, il est vrai aussi qu'elle est sans qualité pour porter des décisions sur des prétentions individuelles auxquelles l'intérêt général est, comme dans l'espèce, complétement étranger. » En conséquence le tribunal refusa d'appliquer l'arrêté, en vertu de l'article 108 de la Constitution, aux termes duquel les cours et tribunaux ne peuvent appliquer les règlements qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.

Ce jugement fut cassé. Il est certain que la députation avait le droit de fixer la hauteur des eaux; la loi de 1791 que nous avons citée est formelle; mais on prétendait qu'elle ne pouvait le faire que dans un intérêt général, tandis

(1) Décret du 19 juin 1863 (Dalloz, 1865, 3, 19). Comparez décret du 4 mai 1854 (Dalloz, 1855, 3, 11), qui formule nettement le principe : « Si les préfets ont le droit et le devoir de régler, dans un but de *police et d'utilité générale*, le régime des moulins et usines établis sur les rivières non navigables, il ne leur appartient en aucun cas de statuer sur des *droits privés et individuels*. » Ces décisions étant entachées d'excès de pouvoir peuvent être annulées par la voie contentieuse, d'après la législation française, c'est-à-dire par un décret rendu en conseil d'Etat. (Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 60, note 65.)

qu'elle avait statué sur la réclamation d'un usinier et partant dans un intérêt purement privé. La question était mal posée. L'intérêt général n'empêche pas qu'il y ait des intérêts privés; car n'est-ce pas la somme des intérêts privés qui constitue l'intérêt général? Peu importe donc que l'administration statue sur la réclamation d'un riverain et que la décision profite à ce riverain. Ce qu'il fallait examiner, c'est si la députation avait décidé une contestation. Or, la contestation suppose des droits, et, dans l'espèce, le plaignant ne réclamait aucun droit sur les eaux; il soutenait seulement que la hauteur à laquelle le propriétaire supérieur retenait les eaux lui causait un préjudice. Il aurait pu porter sa plainte devant les tribunaux et demander un règlement d'eau. L'administration, saisie de la plainte, ne décida pas lequel des deux usiniers avait raison, elle prit un arrêté qui ne fait pas même mention des droits que les riverains peuvent avoir sur les eaux; elle fixa la hauteur des eaux comme elle en avait le droit, et elle eut soin d'ajouter que cette mesure avait pour objet de prévenir les inondations des propriétés riveraines. Appréciait-elle bien ou mal l'intérêt général qu'elle invoquait? Le tribunal n'avait pas mission d'examiner cette question, car il n'appartient pas au juge de critiquer les actes que l'administration fait dans la limite de ses attributions (1).

321. Nous disons que, dans cette espèce, le plaignant aurait pu porter sa demande devant les tribunaux, bien entendu pour régler les droits des riverains sur les eaux, mais non pour que les juges fixent la hauteur à laquelle l'un des riverains peut tenir les eaux : ce droit appartient exclusivement à l'autorité administrative (2), en Belgique à la députation permanente. C'est ce que dit la loi de 1791. L'application a donné lieu à une difficulté qui a été décidée par la cour de cassation. Un arrêté, qui autorise l'établissement d'un moulin, fixe la hauteur de la retenue d'eau,

(1) Arrêt de cassation de la cour de Belgique du 5 novembre 1855, et les conclusions conformes de M. Faider, avocat général (*Pasicrisie*, 1855, 1, 438).

(2) Voyez Aubry et Rau, t. III, p. 58 et note 55, et les autorités qui y sont citées.

et ordonne qu'un clou de repère soit scellé dans la pierre, à l'intervention de l'ingénieur en chef et du bourgmestre. Le concessionnaire dépassa la limite ; il prétendait que le clou de repère avait été fixé plus bas qu'il n'aurait dû l'être. Cette prétention, rejetée par la cour de Bruxelles, fut reproduite devant la cour de cassation. Il fut jugé que la hauteur des eaux ne peut être fixée que par l'administration, parce que c'est à elle à veiller à ce que les eaux, par leur trop grande élévation, ne causent aucun dommage aux chemins, aux propriétés riveraines et aux usines. C'est donc une question d'intérêt général, bien qu'il y ait aussi un intérêt individuel en cause ; mais cet intérêt particulier ne permettait pas aux tribunaux d'intervenir, car pour décider à quelle hauteur les eaux devaient être retenues, ils auraient dû consulter l'intérêt général, ce qui n'est pas de leur domaine (1).

L'administration, ayant le droit de fixer la hauteur des eaux, a par cela même le pouvoir d'imposer aux riverains les travaux nécessaires pour empêcher qu'elles ne soient tenues au-dessus de la hauteur prescrite. Cela aussi a été contesté ; mais le principe une fois admis, il faut en accepter toutes les conséquences, et celle-ci est si évidente qu'il est inutile d'insister (2).

Le principe lui-même a été contesté. On a soutenu que les règlements provinciaux qui défendent aux riverains d'élever leurs eaux au-dessus du clou de jauge sont illégaux. Aux termes de l'article 85 de la loi provinciale, les règlements et ordonnances des conseils provinciaux ne peuvent porter sur des objets déjà régis par une loi ; or, il y a une loi sur la matière, c'est l'article 457 du code pénal qui prévoit le cas où les usiniers élèveraient le déversoir de leurs eaux au-dessus de la hauteur déterminée par l'autorité compétente. Le code pénal ne punit ce fait qu'autant que la surélévation des eaux aurait inondé les chemins

(1) Arrêt de rejet du 6 juin 1834, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1834, 1, 262). Comparez Bruxelles, 31 décembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 164).

(2) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 18 octobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 101).

ou les propriétés d'autrui. De là on a tiré la conséquence qu'un règlement qui punit le seul fait de la surélévation des eaux, quand même il n'y aurait pas d'inondation, est contraire à l'article 457, donc illégal. La cour de cassation a condamné cette fausse interprétation. On ne peut contester à l'administration le pouvoir de fixer la hauteur des eaux; et que deviendrait ce droit si les arrêtés manquaient de sanction? Or, l'article 457 n'a pas pour objet de sanctionner les règlements provinciaux concernant les eaux; son seul but est de punir un fait dommageable. Il n'y a donc pas de violation de cet article quand un conseil provincial établit une peine pour une contravention, abstraction faite de toute inondation, les deux faits étant essentiellement distincts. Dès lors, on ne peut pas dire que les règlements administratifs sont contraires à la loi (1).

322. On a élevé d'autres réclamations contre les arrêtés des députations permanentes qui abaissent la hauteur du déversoir. Dans une espèce jugée par la cour de cassation, il s'agissait d'une usine vendue par l'Etat à la maison d'Arenberg, le 14 novembre 1652. Depuis deux siècles, le propriétaire exploitait ce moulin avec un déversoir qui lui assurait une force motrice sans laquelle il ne pouvait marcher, quand en 1853 la députation permanente réduisit la hauteur d'eau. De là procès. Le demandeur soutint qu'on le privait d'une partie essentielle de sa propriété, ce que, d'après la Constitution et les lois, on ne pouvait faire sans l'indemniser. La réponse était très-simple et péremptoire. Peut-on opposer la possession, fût-elle immémoriale, à l'Etat chargé d'administrer les eaux? On ne prescrit pas contre l'intérêt public, parce que ce qu'on appelle intérêt public est en réalité un devoir que l'Etat remplit, et on ne prescrit pas contre un devoir. L'administration a donc toujours le droit, pour mieux dire, le devoir de réglementer le cours des eaux dans l'intérêt général. Doit-elle une indemnité à ceux qui sont lésés par ses actes? Il est difficile de concevoir que l'on doive une indemnité alors qu'on

(1) Arrêt de cassation du 9 janvier 1854, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1854, 1, 46).

remplit un devoir. L'Etat qui exproprie doit une indemnité, parce que dans ce cas il acquiert un terrain; étant acheteur et forçant le propriétaire de vendre, il est juste qu'il paye le prix.

On s'est prévalu, dans ce débat, de la loi du 16 septembre 1807, dont l'article 48 porte : « Lorsque, pour exécuter un desséchement, l'ouverture d'une nouvelle navigation, un pont, il sera question de supprimer des moulins ou autres usines, de les déplacer, modifier, ou *de réduire l'élévation de leurs eaux,* la nécessité en sera constatée... Le prix de l'estimation sera payé par l'Etat, lorsqu'il entreprend les travaux... » Il suffit de lire cette disposition pour se convaincre qu'elle n'a rien de commun avec l'exercice du pouvoir réglementaire, en matière de cours d'eau. L'Etat qui construit un canal acquiert une propriété aux dépens des riverains. Quand il modifie le régime des usines dans l'intérêt de la nouvelle voie de navigation qu'il ouvre, il est juste qu'il indemnise les propriétaires, parce que c'est lui qui profite des travaux qu'il exécute. Mais lorsque l'administration diminue la hauteur d'eau d'une usine par un règlement, acquiert-elle un droit nouveau? Elle n'acquiert rien, elle remplit un devoir. On est donc tout à fait hors du texte et hors de l'esprit de la loi de 1807 (1).

323. Le libre écoulement des eaux est-il le seul motif d'intérêt public qui permette à l'administration de réglementer les cours d'eau non navigables? On demande si elle peut régler l'usage des eaux sous le rapport de l'*irrigation*. L'affirmative n'est pas douteuse, puisque la loi des 12 et 20 août 1790, qui lui donne le droit de diriger toutes les eaux vers un but d'*utilité générale,* ajoute « d'après les principes de l'*irrigation* (2). » C'est aussi un intérêt public et le premier de tous, celui du moins que les auteurs du code civil citent de préférence, l'intérêt de l'agriculture; et il s'agit de concilier cet intérêt avec celui de l'industrie, également vital. Il est vrai que l'article 645 charge les tribunaux de concilier ces intérêts divers, mais il ajoute que,

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique, du 10 juillet 1855 (*Pasicrisie,* 1855, 1, 315).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 59 et note 61, et les autorités qui y sont citées

« dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'*usage* des eaux doivent être observés. » Donc quand l'autorité administrative a porté un règlement, il ne reste aux tribunaux que le devoir d'en assurer l'observation. La cour de cassation de France a appliqué ce principe à un cours d'eau fait de main d'homme; mais ce canal, connu sous le nom d'*Alaric*, est une dérivation de l'Adour, c'est donc une eau publique et non une propriété privée; il y existe cinquante-deux usines, et il sert de plus à l'irrigation des prairies et aux besoins domestiques des communes, qu'il traverse sur une étendue de plus de soixante et dix kilomètres. Certes il y a un intérêt général à régler l'usage des eaux qui servent à tant de besoins, alors que des intérêts, en apparence opposés, se croisent et se heurtent (1).

324. Les arrêts que nous venons d'analyser admettent que l'administration peut aussi réglementer les cours d'eau dans l'intérêt de l'industrie. Il est vrai que les lois que nous avons rapportées ne parlent pas expressément des intérêts industriels, peu développés à la fin du XVIIIe siècle, mais elles ne les excluent pas non plus. L'expression d'*utilité générale* dont se sert le législateur comprend tous les intérêts. Cela n'est pas douteux quant à l'industrie (2) et à la salubrité publique (3). Il y a un autre intérêt général qui soulève une singulière difficulté. Les eaux courantes dont parle l'article 644 sont des rivières non navigables. On demande si l'administration peut prescrire aux riverains des mesures qui ont pour objet de favoriser la navigation. En France, le conseil d'Etat a décidé la question négativement dans l'espèce suivante. Il existe des rivières non navigables dont les eaux, au temps de reflux de la mer, s'élèvent suffisamment pour rendre possible une navi-

(1) Arrêt de cassation du 22 janvier 1858, et le réquisitoire du procureur général Dupin (Dalloz, 1858, 1, 89). Arrêt de cassation de la chambre criminelle, du 3 décembre 1858 (Dalloz, 1868, 5, 157, n° 15). Arrêt de rejet de la chambre criminelle, du 7 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 5, 122).

(2) Arrêt de cassation du 28 mai 1827, Paris, 21 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 560, 7°), et arrêt de cassation du 2 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 153).

(3) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique, du 8 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 108).

gation momentanée; les riverains en profitent pour transporter leurs récoltes et les objets utiles à leur exploitation. Afin de favoriser cette navigation intermittente, un arrêté préfectoral enjoignit à un riverain de n'établir sur le cours d'eau qu'un pont tournant, et il ordonna à tous les riverains de laisser sur les rives un marchepied de halage; enfin il régla leurs obligations quant au curage, toujours en vue de la navigation. Le conseil d'Etat annula ces règlements; il décida que l'administration ne pouvait prendre des mesures dans l'intérêt de la navigation d'un cours d'eau, tant qu'il n'était pas déclaré navigable (1). Ce décret est en harmonie avec la doctrine que nous avons exposée ailleurs sur la propriété des cours d'eau non navigables (2). Ce ne sont pas des voies de communication; donc ils ne sont pas destinés à la navigation; restreindre les droits que la loi accorde aux riverains en vue de la navigation, c'est leur imposer des servitudes de ce chef, c'est porter atteinte à leur propriété, ou du moins au droit d'usage, qui est aussi une espèce de propriété. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique qui paraît contraire à cette opinion. Elle a jugé que la députation permanente peut exercer son pouvoir réglementaire dans l'intérêt de la navigation aussi bien que dans l'intérêt des propriétés riveraines auxquelles les eaux peuvent nuire par leur trop grande élévation (3). Mais il y avait encore d'autres intérêts en cause dans l'espèce; de sorte que la question ne se présentait pas telle que l'a décidée le conseil d'Etat. Toujours est-il qu'il n'est pas exact de dire que les droits des riverains puissent être modifiés par des motifs quelconques d'utilité publique; il faut au moins que ces motifs soient en rapport avec la destination des rivières. C'est en ce sens que la loi de 1790 dit qu'il faut *diriger les eaux vers un but d'utilité publique*, et la navigation n'a certes pas de rapport avec les rivières non navigables.

325. Par application de ces principes, le conseil d'Etat a décidé que l'administration n'a pas le droit de modifier

(1) Décret du conseil d'Etat du 12 mai 1847 (Dalloz, 1847, 3, 172).
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 25, nos 15 et suiv.
(3) Arrêt de rejet du 21 octobre 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 26).

la largeur et le régime des cours d'eau non navigables, dans le but de régulariser et d'agrandir une promenade qu'une commune se propose d'établir le long d'une rivière. Ce n'est pas là, dit le conseil, assurer le libre écoulement des eaux dans un but de police et d'utilité générale (1). Dans l'espèce, il y avait opposition de la part d'un riverain qui prétendait avoir droit à l'usage et à la propriété desdites eaux. En effet, d'après l'article 644, tous les riverains ont droit à l'usage des eaux courantes.

Il y a des eaux qui sont propriété privée, ce sont les canaux artificiels qui servent au roulement des usines. On demande si l'administration peut réglementer ces eaux dans un but d'utilité générale, par exemple pour prévenir les inondations. L'affirmative est consacrée par la jurisprudence du conseil d'Etat (2). Il y a un motif de douter. L'autorité administrative a-t-elle le droit de s'immiscer dans l'exercice du droit de propriété? Non, certes; aussi est-il admis, même en France, que l'administration n'a pas le droit de réglementer les sources (n° 179). Il est vrai que la loi de 1790 dit que *toutes* les eaux doivent être dirigées vers un but d'utilité générale, mais cette disposition suppose des eaux publiques, des eaux courantes, comme le dit l'article 644 du code civil; ce qui prouve qu'on ne peut pas l'étendre aux eaux privées, c'est qu'on ne l'applique pas aux sources. Dans l'espèce jugée par le conseil d'Etat, il s'agissait du bief d'un moulin. Cela change la question: si l'on admet avec la doctrine et la jurisprudence que l'administration a la police des usines, on doit aussi lui reconnaître le droit de réglementer les eaux qui les font mouvoir, car c'est précisément à raison des eaux qu'on lui permet d'intervenir. Notre conclusion est donc que l'autorité administrative n'a pas le droit de réglementer les cours d'eau privés, à moins qu'ils ne servent au roulement d'une usine.

326. Le pouvoir réglementaire est-il lié et limité dans son exercice par les possessions et les conventions des

(1) Décret du 18 août 1856 (Dalloz, 1857, 3, 19).
(2) Décret du 24 janvier 1856 (Dalloz, 1857, 3, 16).

riverains ou par les jugements qui ont réglé leurs droits? La négative est universellement admise par les auteurs et par la jurisprudence. Au premier abord, cette doctrine surprend et choque presque nos idées sur la propriété. Dans notre opinion, les riverains sont propriétaires des cours d'eau non navigables; ils y ont au moins, dans l'opinion générale, un droit d'usage qui est dans leur domaine, puisqu'on leur permet d'en disposer. Conçoit-on que l'autorité administrative réglemente des droits privés, sans tenir compte ni des conventions des parties intéressées, ni de la prescription, ni des jugements? Nous avons répondu d'avance à l'objection. En supposant même que les riverains aient la propriété des eaux courantes, c'est une propriété subordonnée à l'intérêt général, ce n'est pas la propriété absolue de l'article 544. Or, il serait impossible à l'administration de sauvegarder l'intérêt public, si elle devait respecter les possessions, les conventions et les jugements qui les règlent; car c'est précisément l'état de choses résultant de ces faits qu'elle veut modifier, et qu'elle a mission et pouvoir de modifier. Voilà pourquoi, quand elle a porté un règlement, les tribunaux sont obligés de l'observer et de l'appliquer. C'est parce que l'usage des eaux tient à l'utilité générale, que la loi a chargé l'administration de le réglementer. Ici on peut dire que le droit de la société domine sur les droits des individus, parce que les droits des individus concernent des choses qui par leur nature restent soumises à l'action de l'autorité publique (1).

C'est en ce sens qu'il a été jugé par la cour de cassation que « les règlements, à partir de leur publication, deviennent la loi des riverains, et que leurs prescriptions sont substituées, de plein droit, à tous les modes de jouissance des eaux qui avaient jusque-là appartenu aux riverains, soit en vertu de titres, soit de toute autre manière ; » que tous les droits antérieurs « sont effacés par les décisions préfectorales qui doivent seules et exclusivement servir de règle aux riverains (2). » La jurisprudence du

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nos 1521-1525. Demolombe, t. XI, p. 240, no 199. Dalloz, au mot *Servitude*, no 335.
(2) Arrêt de rejet du 3 août 1863 (Dalloz, 1864, 1, 43).

conseil d'Etat est identique (1). Cela suppose, comme nous l'avons dit, que l'objet du règlement est de modifier l'état des possessions, résultant des titres, de la prescription ou des jugements. Il se peut que le nouveau règlement maintienne les anciens titres, en ce sens que ses dispositions se concilient avec les titres particuliers. Il est certain qu'un règlement pourrait réserver expressément les droits fondés sur des titres; cette réserve peut même être implicite, l'administration ne devant toucher aux droits des individus que lorsqu'il y a nécessité publique : c'est ce qui a été jugé par la cour de Rouen (2).

327. Si un riverain se prétend lésé par un règlement, peut-il demander des dommages-intérêts? La question se présente sous diverses faces. On peut demander d'abord si un riverain a droit à une indemnité contre l'Etat, lorsqu'un règlement lui enlève une jouissance qu'il a eue pendant un temps plus ou moins long. Nous avons déjà répondu à la question (n° 322) : l'Etat ne peut pas être tenu à payer une indemnité alors qu'il remplit un devoir et qu'il ne lèse aucun droit, car les riverains n'ont pas de droit absolu qu'ils puissent opposer à l'Etat. Autre est la question de savoir si l'un des riverains peut agir contre un coriverain. Ici il faut distinguer. Un premier point est certain : si des conventions sont intervenues entre riverains, et s'il en résulte une action en garantie, en restitution du prix ou en dommages-intérêts, il va sans dire que le règlement n'enlève pas aux parties intéressées le droit d'agir en justice (3). La vraie difficulté est celle-ci. Le règlement prive un riverain d'une partie des eaux dont il jouissait et il l'attribue à un autre riverain; est-ce que le premier peut agir en dommages-intérêts contre le second? Il a été jugé que l'usage des eaux donne lieu, entre riverains, à des droits résultant de titres ou de la prescription; que ces droits fléchissent à la vérité devant les actes de l'autorité administrative, parce qu'elle agit dans un intérêt gé-

(1) Ordonnances du 17 janvier 1831, du 20 octobre 1830, du 13 novembre 1835 et du 13 février 1840 (Dalloz, au mot *Eaux*, n°s 467; 465, 1°; 470, 2°; 500, 1°; 466, 2°).

(2) Rouen, 13 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 333).

(3) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n° 1525.

néral; mais que la partie lésée n'en est pas moins fondée à réclamer une indemnité du coriverain qui s'enrichit à ses dépens (1). Cela nous paraît douteux. Quand l'un des riverains gagne, tandis que l'autre perd, peut-on dire que l'un s'enrichit aux dépens de l'autre? Si la modification dans le régime des eaux résultait du fait de l'un des riverains, on pourrait invoquer la maxime qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais, dans l'espèce, c'est dans un intérêt public que le règlement a été porté, ce n'est pas dans l'intérêt du riverain qui en profite. Si un acte de l'autorité procure un avantage à une personne et nuit à une autre, celle-ci aura-t-elle une action en dommages-intérêts contre la première? Certes, non. Le recours pour cause de lésion devant les tribunaux ne peut pas résulter d'un simple préjudice, lorsque le défendeur n'est pas l'auteur du fait dommageable, bien qu'il en profite. Il ne peut y avoir d'action, en ce cas, que si elle est fondée sur la lésion d'un droit, ce qui rentre dans la première hypothèse.

Nous avons supposé un simple règlement d'eau, profitable à l'un des riverains, désavantageux à l'autre. Le cas serait tout différent si l'administration autorisait un riverain à faire certains travaux, et si l'exécution de ces travaux causait un préjudice à un autre riverain. Il y a dans ce cas un fait dommageable, et s'il n'y avait pas d'autorisation administrative, la partie lésée aurait sans aucun doute une action en dommages-intérêts. Il s'agit donc de savoir si l'autorisation de l'administration a cet effet que l'un des riverains peut impunément nuire à son coriverain. Non, certes. D'ordinaire l'administration ajoute la clause que le concessionnaire répondra du dommage que les travaux pourront causer (2). Quand même cette réserve ne se trouve pas dans la concession, elle y est sous-entendue, car l'administration ne peut pas donner à un individu le droit de causer un préjudice à un autre (3).

(1) Agen, 24 et 26 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 189 et 190). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. III, p. 60 et note 64.

(2) Comparez arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 9 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

(3) Arrêts de rejet du 23 mai 1831 (Dalloz, au mot *Manufactures*, n° 170, 4°) et du 2 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 572, 6°).

328. Le riverain qui prétend qu'un règlement lèse ses droits en peut-il demander la nullité? Notre loi provinciale donne au roi le droit d'annuler les actes des conseils provinciaux qui sortent de leurs attributions; il a le même droit pour les actes des députations permanentes (art. 89 et 116); les actes qui n'ont pas été annulés par le roi peuvent encore l'être par le pouvoir législatif. Le riverain qui prétend que l'autorité provinciale est sortie de ses attributions en statuant sur des droits privés, pourra donc adresser sa réclamation soit au roi, soit aux chambres. Pourra-t-il aussi demander aux tribunaux l'annulation d'un règlement administratif? La négative est évidente; les tribunaux ne peuvent jamais annuler les actes émanés du pouvoir exécutif; mais ils ont le droit et le devoir d'examiner la légalité de ces actes, et de ne pas les appliquer s'ils sont illégaux. En ce sens, la partie lésée peut porter sa réclamation devant les tribunaux (1) (Constitution belge, art. 107.)

On demande si le riverain lésé peut intenter l'action possessoire à l'effet d'être maintenu en possession contre un acte de l'administration provinciale? La cour de cassation de Belgique a jugé, et avec raison, que l'usage des eaux courantes étant toujours subordonné à l'intérêt général auquel les intérêts particuliers doivent céder, il en résulte que les riverains n'ont pas un droit de possession qui puisse fonder une action en complainte ou en maintenue. Il y a un mélange de propriété et de précarité dans leur jouissance; ils sont copropriétaires à l'égard de leurs corriverains; entre eux, il y a donc lieu à des actions fondées sur la possession. Mais à l'égard de l'autorité administrative, ils n'ont qu'une possession précaire, qui peut être modifiée d'un jour à l'autre. De là suit qu'ils ne peuvent pas se plaindre d'un trouble; la seule chose qu'ils puissent faire, c'est de s'adresser à l'administration, laquelle peut toujours modifier ses décisions (2).

(1) En France, on n'admet pas la demande en nullité d'un arrêté préfectoral par la voie contentieuse. Voyez la jurisprudence du conseil d'État, dans Dalloz, au mot *Eaux*, n° 439.

(2) Arrêts de rejet du 8 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 108), du 6 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 262) et du 9 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

329. Quand un règlement a été porté par l'autorité provinciale, il a force de loi. Cela est incontestable en ce qui concerne les intérêts généraux qui font l'objet de ces règlements. En est-il de même pour les intérêts privés des riverains? Ils peuvent les régler entre eux comme ils l'entendent; et si les conventions sont valables, n'y a-t-il pas lieu, par voie de conséquence, à la prescription? Il y a quelque doute; le motif de douter vient du mélange d'intérêts divers qui sont en cause en matière de cours d'eau. Dans notre opinion sur la propriété de ces eaux, on pourrait dire que les riverains étant propriétaires des rivières non navigables, ils doivent avoir le droit de régler leurs rapports entre eux, pourvu qu'ils ne lèsent pas l'intérêt général qui fait l'objet du règlement. Dans ces limites, nous croyons que les conventions des riverains sont valables, et que par suite il peut y avoir prescription (1). Mais le plus souvent les intérêts individuels sont inséparables de l'intérêt général, en ce sens que le règlement déterminant, au point de vue de l'utilité publique, l'usage que les riverains peuvent faire des eaux, ils ne pourraient faire de conventions sur cet usage sans déroger au règlement. Et cette dérogation n'est pas permise, les particuliers ne pouvant déroger à des lois d'intérêt public (2). Les conventions contraires à un règlement sur les eaux sont donc nulles. Et si les conventions sont nulles, il ne peut pas davantage s'établir de droit contraire à un règlement par voie de prescription. On ne prescrit pas contre l'intérêt public. Comment y aurait-il une prescription fondée sur une violation de la loi? La violation de la loi deviendrait-elle un droit si elle était répétée pendant trente ans, c'est-à-dire aggravée par cette répétition même? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à réprouver de pareilles entreprises (3).

(1) Comparez Grenoble, 17 août 1842 (Dalloz, 1845, 2, 161); Daviel, *Des cours d'eau*, t. II, p. 76.

(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 83, nos 47 et suiv.

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 54 et note 38. Arrêt de rejet du 24 juin 1841 (Dalloz, au mot *Prescription*, no 152); Paris, 30 avril 1844 (Dalloz, 1845, 2, 162); Bordeaux, 8 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 170). Arrêt de cassation du 8 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 153).

b) *Des concessions.*

330. L'administration intervient par voie de concession quand elle autorise l'établissement d'une usine ou des travaux faits pour l'irrigation. A vrai dire, elle ne concède rien en matière de cours d'eau non navigables, puisque les riverains tiennent leur droit de la loi, qui ne fait que consacrer le droit que donne la nature. Si elle intervient, c'est pour régler l'exercice du droit des riverains, de manière à concilier leur intérêt avec celui des autres riverains et avec l'intérêt général, tel que nous l'avons défini plus haut (n°s 314-316). Il y a donc dans les concessions comme dans les règlements un double caractère; elles sont accordées dans un intérêt particulier, et elles touchent aussi à l'intérêt général; mais à la différence des règlements, c'est l'intérêt particulier qui y domine. D'abord c'est sur la demande d'un riverain que l'administration intervient, tandis que le pouvoir réglementaire agit par voie d'initiative, comme le pouvoir législatif. Puis la concession est accordée dans un intérêt individuel, pour mieux dire c'est un droit individuel qui est exercé par le riverain, et qui est seulement réglementé par l'administration; les règlements au contraire sont portés, avant tout, dans un intérêt public, bien que dans leur application ils régissent des intérêts privés. Tel est le principe (1); nous allons voir les conséquences qui en résultent.

331. La concession règle l'exercice d'un droit préexistant; elle n'en confère aucun au concessionnaire. Il est certain que celui-ci ne peut pas s'en prévaloir comme d'un droit acquis à l'égard de l'administration; l'autorité administrative intervient toujours dans un intérêt public, et l'on ne peut jamais opposer un droit, pour mieux dire un intérêt privé à l'intérêt public; bien moins encore peut-on fonder un droit sur un acte administratif. Les autorités qui agissent dans l'intérêt public, le pouvoir exécutif aussi bien que le pouvoir législatif, peuvent toujours revenir sur

(1) Comparez Demolombe, t. XI, p. 234, n° 193.

ce qu'elles ont fait, en abrogeant leurs actes ou en les modifiant; il n'y a pas de droit acquis contre l'Etat. De là le principe que les concessions en matière de cours d'eau sont essentiellement révocables, et la révocation se fait, comme nous l'avons déjà dit, sans que le concessionnaire ait droit à une indemnité, du moins en vertu de la concession. S'il a des droits préexistants contre un coriverain, il peut les faire valoir en justice (1). Car il résulte encore de la nature des concessions qu'elles ne sauraient donner ni enlever un droit.

Quel est donc l'effet que les concessions produisent à l'égard des autres riverains? En un certain sens, elles peuvent leur être opposées; comme nous le dirons plus loin, un établissement autorisé a une existence légale, puisqu'il est fait en vertu de la loi, avec l'autorisation du pouvoir administratif compétent; d'où suit que les riverains lésés n'en peuvent demander la destruction aux tribunaux. Ils ne peuvent pas davantage demander une modification des travaux; l'administration qui les a autorisés peut seule les modifier; c'est donc à elle que les parties intéressées doivent adresser leurs réclamations. Puisque les concessions ne donnent aucun droit nouveau au concessionnaire, et qu'elles n'enlèvent aucun droit aux autres riverains, les droits de tous les intéressés restent, après la concession, ce qu'ils étaient avant; or, tous ceux qui ont un droit peuvent le faire valoir en justice. Donc les riverains lésés par la concession peuvent agir devant les tribunaux pour faire maintenir leurs droits. Mais comment le juge maintiendra-t-il leurs droits s'il ne peut pas prononcer la suppression des travaux? Il n'y a qu'un moyen pour cela, c'est d'accorder des dommages-intérêts au riverain lésé. Dira-t-on qu'il résultera de là un conflit entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, puisque le juge condamnera à payer une indemnité celui qui a agi avec l'autorisation de l'administration? A vrai dire, il n'y a pas de conflit. En effet, l'autorisation n'est accordée que sauf les droits des

(1) Ordonnance du conseil d'Etat du 18 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Eaux* n° 470, 1°).

tiers. Cette clause est d'ordinaire insérée dans l'acte de concession, et quand elle ne s'y trouverait pas, elle est sous-entendue, car elle est de l'essence de la concession. La concession ne donne aucun droit au concessionnaire contre les autres riverains; ceux-ci conservent les droits qu'ils avaient. En définitive, le juge décidera la contestation d'après la loi, ou les titres que l'on invoquera devant lui, sans tenir compte de la concession; il ne défait pas ce que l'administration a fait, il maintient à chacun son droit, et s'il y a un droit lésé, il allouera des réparations (1).

Reste à savoir quand un droit est lésé. Les droits des riverains se fondent, soit sur la loi, soit sur des titres. Nous avons dit quels sont les droits que l'article 644 accorde aux riverains, et comment ces droits peuvent être modifiés par des conventions ou par la prescription. Les droits légaux ou conventionnels sont placés sous la protection de la justice, comme toute espèce de droits. En matière de cours d'eau, il y a ceci de spécial, c'est que les riverains ayant tous des droits égaux, l'un ne peut user de son droit de manière à causer un préjudice aux autres; donc dès qu'il y a un préjudice, il y a un droit lésé et par suite il y a lieu à réparation. De plus, les tribunaux ont un pouvoir modérateur, et en un certain sens un pouvoir réglementaire, sur lequel nous reviendrons.

332. Le principe que les concessions ne donnent aucun droit au concessionnaire n'est vrai que pour les actes émanés de l'autorité administrative depuis les lois nouvelles portées après 89. Nous avons dit plus haut que sous l'ancien régime, l'administration se confondait avec la souveraineté; les seigneurs exerçaient sur les cours d'eau un droit bien plus étendu que celui qui appartient aujourd'hui à l'administration. Presque partout ils étaient considérés comme propriétaires des cours d'eau non navigables, ils pouvaient par conséquent les aliéner en tout ou en partie; d'où suit que les concessions donnaient un droit de propriété au concessionnaire. Là où les seigneurs n'étaient

(1) Liége, 25 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 46). Bruxelles, 8 juin 1856 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 315).

pas propriétaires, ils exerçaient un droit de police et de surveillance, dernier débris de la souveraineté féodale; en vertu de ce pouvoir, ils faisaient également des concessions qui équivalaient à une aliénation et transportaient au concessionnaire la propriété des eaux. Les lois qui ont aboli la féodalité n'ont pas porté atteinte aux droits de propriété acquis sous l'ancien régime. Il est donc de doctrine et de jurisprudence que les concessions antérieures à 1789 ont donné aux riverains concessionnaires des droits de propriété qu'ils peuvent toujours faire valoir contre les autres riverains. Il va sans dire que ces droits ont passé à leurs ayants cause (1).

333. Nous avons supposé que les concessions étaient faites dans les limites du pouvoir que la loi accorde à l'administration. Que faudrait-il décider si elles dépassaient ces limites? Au lieu d'intervenir dans un intérêt général, elles statuent sur des droits individuels; le riverain lésé pourra-t-il demander l'annulation de cet acte illégal? En France, il y a un tribunal administratif supérieur, le conseil d'Etat, qui connaît des recours exercés contre les actes de l'administration. La jurisprudence du conseil d'Etat n'admet pas les demandes en nullité par la voie contentieuse; tandis que la doctrine admet, au moins en certains cas, l'annulation des actes administratifs, alors qu'ils sont étrangers à l'intérêt public (2). En Belgique, il n'y a pas de conseil d'Etat. Il ne peut donc s'agir que d'un recours devant les tribunaux. Pourraient-ils annuler un acte de l'administration qui lèserait le droit d'un riverain? S'il s'agissait d'un règlement provincial, il faudrait appliquer l'article 107 de la Constitution, aux termes duquel les tribunaux ne peuvent appliquer les règlements que s'ils sont conformes aux lois; sont-ils illégaux, le juge ne les annule pas, mais il n'en tient aucun compte. Que faut-il dire des actes administratifs qui ne sont pas des règlements? La loi provinciale donne au roi le droit d'annuler les actes émanés des députations permanentes (art. 116); aucune

(1) Demolombe, t. XI, p. 195, n° 159 et les autorités qu'il cite. Comparez le t. VI de mes *Principes*, p. 24, n° 14.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 55, note 41. Demolombe, t. XI, p. 215, n° 173.

loi ne donne ce pouvoir aux tribunaux. Il serait contraire à la séparation et à l'indépendance des pouvoirs publics, que le pouvoir judiciaire annulât ce que le pouvoir exécutif a fait. Il faut donc dire des concessions ce que la Constitution dit des règlements : s'ils sont illégaux, les tribunaux n'en tiendront aucun compte. Nous dirons plus loin ce que les tribunaux peuvent ou ne peuvent pas faire.

334. Si un riverain faisait, sans l'autorisation de l'administration, des ouvrages pour lesquels une autorisation est requise par les lois ou par les règlements, ces ouvrages n'auraient pas d'existence légale à l'égard de l'autorité administrative; par suite elle aurait le droit d'en ordonner la suppression. C'est la conséquence logique de la nécessité de l'autorisation (1). Sur ce point il n'y a aucun doute. Mais quel sera l'effet de ces établissements non autorisés à l'égard des autres riverains? Nous verrons plus loin s'ils peuvent en demander la suppression. Il est certain que si un ouvrage non autorisé leur cause un préjudice, ils peuvent demander des dommages-intérêts. De son côté, le riverain qui a fait ces ouvrages peut-il agir en justice, s'il est troublé dans sa possession? Cette possession peut-elle fonder une prescription? Au premier abord, on est tenté de se prononcer contre le riverain qui a contrevenu à la loi en exécutant des travaux sans autorisation; un acte illégal peut-il produire des effets juridiques en faveur de celui qui en est l'auteur? Ici il faut se rappeler dans quel but la loi exige l'intervention de l'autorité administrative. C'est pour sauvegarder les intérêts généraux; donc l'administration seule, gardienne de ces intérêts, peut se prévaloir de l'inobservation de la loi. A l'égard des autres riverains, et au point de vue des intérêts purement privés, l'établissement n'est pas illégal dès qu'il ne lèse pas leurs droits; or, le seul droit qu'ils ont, c'est de se servir des eaux, et ce droit appartient également au riverain qui a fait des ouvrages non autorisés; si les autres riverains peuvent se plaindre du préjudice qu'il leur cause, lui de

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nº 1261. Aubry et Rau, t. III, p. 58 et note 56, et les autorités qui y sont citées.

son côté peut demander réparation du préjudice que les coriverains lui font. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ces points (1).

IV. *Pouvoir réglementaire des tribunaux.*

a) *Objet de ces règlements.*

335. Nous avons déjà transcrit l'article 645, aux termes duquel les tribunaux appelés à décider les contestations entre les riverains « doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. » Cela implique qu'ils jouissent, en matière de cours d'eau, d'un pouvoir modérateur, que d'ordinaire ils n'ont pas. En ce sens l'article 645 consacre une règle spéciale. Cette espèce d'exception se comprend. Les droits des riverains ne sont pas une propriété absolue; s'il s'agissait d'une propriété véritable, telle qu'elle est définie par l'article 544, il n'y aurait rien à concilier, le juge devrait maintenir chacun dans son droit. Il n'en est pas de même d'une propriété commune, dont un grand nombre de personnes ont le droit d'user à titre égal; le droit de l'un modifie nécessairement le droit de l'autre. Mais dans quelle mesure? Ici il y a matière à conciliation; l'agriculture, l'industrie, la propriété se disputent l'usage des eaux; voilà des intérêts en apparence opposés, hostiles; en réalité, tous les intérêts concordent et doivent s'harmoniser. La mission des tribunaux est d'établir cette harmonie entre les riverains. C'est dans cet esprit qu'ils doivent exercer le pouvoir réglementaire que la loi leur accorde.

336. L'article 645 ne parle pas de règlements que les tribunaux auraient le droit de faire. Mais lorsque les tribunaux usent du pouvoir modérateur que la loi leur accorde, ils ne peuvent l'exercer que par voie réglementaire. Si le code ne prononce pas le mot de règlement, c'est pour ne pas se mettre en opposition avec l'article 5, d'après

(1) Caen, 28 septembre 1824 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 255, 1°). Aubry et Rau, t. III, p. 59 et note 57, et les autorités qui y sont citées.

lequel il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Le pouvoir réglementaire des tribunaux diffère donc grandement du pouvoir qui appartient à l'administration. Celle-ci fait des règlements qui ont force de loi générale ou locale, suivant qu'ils émanent du roi, des provinces ou des communes. L'administration a donc, dans les limites de ses attributions, un pouvoir législatif, en ce sens qu'elle procède comme ce pouvoir. Elle intervient quand elle le juge nécessaire ou utile, au point de vue des intérêts généraux dont elle a la direction; elle a l'initiative, aussi bien que le pouvoir législatif, et par la même raison. Agissant dans l'intérêt public, ses actes ont par cela même un effet général; ils obligent tous ceux sur lesquels s'étend le pouvoir de l'autorité qui porte le règlement, sur tous les habitants du royaume, sur une province, ou sur une commune.

Sous tous ces rapports, l'action des tribunaux diffère de celle de l'administration. Ils ne prononcent pas sur des intérêts généraux; ils décident les contestations qui s'élèvent entre particuliers, donc sur des droits individuels. Leurs décisions sont donc individuelles, ce qui implique que les parties intéressées doivent les saisir de leur demande; tant qu'aucune action n'est portée devant eux, il n'y a pas de contestation, donc rien à juger. L'article 645 ne déroge pas à ces principes, qui sont de l'essence même du pouvoir judiciaire (1); il ne contient pas même le mot de règlement; si la doctrine et la jurisprudence leur reconnaissent le droit de réglementer l'usage des eaux, il va sans dire que ces règlements sont des décisions judiciaires, et que par suite ils ont tous les caractères d'un jugement. Tel est le principe; nous allons en déduire les conséquences.

337. Les tribunaux ne peuvent faire de règlement sur l'usage des eaux que lorsqu'ils sont saisis. Cela veut-il dire que les parties intéressées doivent demander un règlement

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 582, n° 496 *bis* II. Demolombe, t. XI, p. 230, n° 186.

d'eau au juge? Il a été décidé à plusieurs reprises par la cour de cassation que cela n'est pas nécessaire. En effet, l'article 645 dit simplement que s'il s'élève une contestation entre les riverains, les tribunaux concilieront les intérêts opposés. C'est donc un droit que la loi leur confère, pour mieux dire une mission dont elle les charge. Ils ne la tiennent pas des parties qui sont en cause devant eux; ils la tiennent de la loi. Sous ce rapport, il y a quelque analogie entre le pouvoir réglementaire du juge et celui de l'administration. Mais la différence radicale subsiste; le tribunal doit être saisi d'une *contestation*, sans cela il n'y a pas de parties en cause, et sans parties, il n'y a pas de jugement possible ni par suite de règlement. Du principe qu'il ne faut pas de demande de règlement, suit que les parties peuvent encore en demander un en appel, et que, même sans demande, le juge d'appel peut réglementer l'usage des eaux. On ne peut pas dire que c'est une demande nouvelle qui doit passer par les deux degrés de juridiction, puisqu'il ne faut pas de demande (1).

338. Il faut une contestation. Quelles contestations peuvent et doivent être portées devant les tribunaux? L'administration a une action sur les eaux, soit par voie de règlement général, soit par voie de concession particulière; elle touche donc aussi à des intérêts individuels. Quand les tribunaux seront-ils compétents? quand l'administration le sera-t-elle? Nous trouvons sur ce point très-délicat des développements précieux dans un jugement du tribunal de Castres que la cour de Toulouse a confirmé en adoptant les motifs, et qui a reçu une nouvelle confirmation par un arrêt de rejet. On peut dire en termes généraux que l'autorité administrative administre, et que les tribunaux jugent, c'est-à-dire décident les contestations qui s'élèvent entre les riverains sur leurs *droits* respectifs. Dans la législation belge, ce caractère est décisif; car aux termes de notre Constitution, les tribunaux sont exclusivement compétents pour décider les contestations qui ont

(1) Arrêts de rejet du 19 juillet et du 18 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 40 et 255).

pour objet des *droits* civils; nous n'avons plus de juridiction administrative en matière de droits civils. Encore est-il difficile de préciser le sens de cette expression. En France, la difficulté est bien plus grande, puisqu'il y existe des tribunaux administratifs qui jugent également des procès sur des droits civils. Il y a, dit l'arrêt que nous analysons, deux ordres d'intérêts dans les débats qui divisent les riverains des cours d'eau non navigables. D'abord les *intérêts généraux* qui se rattachent à la police et au régime des eaux; nous avons dit plus haut quels sont ces intérêts; l'administration seule est compétente pour réglementer ce qui concerne l'intérêt public. Il y a ensuite les *intérêts privés* des riverains; nous préférerions l'expression de *droits individuels;* car l'administration statue aussi sur des intérêts privés, quand elle accorde des concessions, mais elle ne statue pas sur les contestations qui s'élèvent entre les riverains sur leurs droits respectifs. L'un des riverains prétend que l'autre abuse du domaine commun qui appartient à tous, en vertu de l'article 644; il demande que le tribunal réprime cet abus de jouissance, et qu'il règle les droits des parties qui sont en cause. Voilà un débat qui, en France comme en Belgique, doit être porté devant les tribunaux. « Il appartient aux tribunaux, dit la cour de cassation, de statuer sur les contestations qui s'élèvent entre particuliers et dans un intérêt privé, à l'occasion du mode de jouissance des cours d'eau et des entreprises qui peuvent y être faites (1). »

Les riverains peuvent modifier par des conventions particulières les droits que la loi leur accorde. Si des contestations s'élèvent entre eux sur l'exécution de ces conventions, les tribunaux seuls sont compétents pour les décider. En principe, des droits conventionnels sont des droits privés ou *civils*, comme dit notre Constitution. Dans l'espèce, on pourrait objecter que les droits privés touchent à des intérêts généraux, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de régler. Il y a, il est vrai, dans les débats concernant les eaux, un mélange d'intérêts particuliers et d'intérêts géné-

(1) Arrêt de rejet du 16 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 359).

raux, source intarissable de difficultés. Mais les droits qui font l'objet de la contestation entre riverains ne concernent pas l'intérêt général; les conventions des particuliers ne peuvent pas même porter sur les intérêts généraux; et bien qu'elles y touchent, à raison du lien qui unit les intérêts individuels et l'intérêt public, elles ne compromettent pas cet intérêt, puisque l'administration reste libre de réglementer l'usage des eaux comme elle l'entend, sans être liée ni par les conventions des riverains, ni par les jugements qui interviennent sur ces conventions. Deux riverains se partagent les eaux; les contestations auxquelles cette convention donne lieu sont de la compétence exclusive des tribunaux (1). La jurisprudence du conseil d'Etat et celle de la cour de cassation le décident même ainsi lorsqu'il s'agit de la hauteur des eaux d'un moulin, quand la question doit se décider par des conventions intervenues entre les parties intéressées (2).

Ce que nous disons des droits conventionnels s'applique aussi aux droits acquis par prescription; la raison est identique. La seule difficulté est de savoir si les riverains peuvent prescrire contre l'administration ou contre un arrêté qu'elle a pris. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur cette question (n[os] 326 et 329).

339. L'application du principe n'est pas sans difficulté lorsqu'il s'agit de la hauteur à laquelle les eaux peuvent être retenues par des établissements riverains. Nous avons dit que c'est à l'autorité administrative de fixer la hauteur à laquelle doivent être tenues les eaux des usines (n[os] 320, 321). On suppose qu'un arrêté fixe la retenue, et que le riverain ne l'observe pas; de là un dommage pour un autre riverain. La partie lésée demande des dommages-intérêts. On lui oppose que le tribunal n'est pas compétent. La cour de Toulouse s'est prononcée pour la compétence de l'autorité judiciaire (3). Pourquoi se serait-on adressé à l'ad-

(1) Ordonnance du conseil d'Etat du 22 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 563, 9°).
(2) Ordonnance du conseil d'Etat du 22 mai 1813 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 563, 7°). Arrêt de cassation du 19 frimaire an VIII (*ibid.*, n° 563, 1°).
(3) Toulouse, 17 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 558, 9°).

ministration? Pour fixer la hauteur des eaux? Elle l'avait fait; son action était épuisée. Il n'y avait plus à pourvoir aux intérêts généraux, l'arrêté y avait pourvu; il ne restait qu'à régler des droits particuliers, en maintenant l'exécution de l'arrêté; ce qui est l'affaire du juge.

Dans une autre espèce, c'est le propriétaire d'une usine établie avec l'autorisation du gouvernement qui demandait la suppression des ouvrages faits par un riverain inférieur pour l'irrigation de ses fonds. Il jouissait des eaux depuis plus de trente ans, quand des travaux faits en aval entravèrent la marche de son usine. La cour décida que les tribunaux étaient compétents, et au fond elle jugea que la longue possession du riverain supérieur n'empêchait pas le riverain inférieur d'user des eaux, qu'il y avait seulement lieu de faire un règlement qui conciliât les droits des parties en cause. Pourvoi en cassation. L'usinier soutint que la décision de la cour modifiait l'arrêté qui fixait la hauteur de la retenue de son moulin, et portait par conséquent atteinte à un acte administratif. Cette prétention fut rejetée, mais au fond la cour donna gain de cause à l'usinier (1). Nous croyons aussi que les tribunaux étaient compétents dans l'espèce; il ne s'agissait pas d'intérêts généraux, la question était de savoir si le riverain inférieur avait pu troubler le riverain supérieur dans sa jouissance, et s'il fallait faire un règlement d'eau entre eux. Au fond, la cour de Besançon avait bien jugé, à notre avis. Est-ce qu'une jouissance, quelque longue qu'elle soit, du riverain supérieur empêche le riverain inférieur de se servir des eaux? Tous les riverains n'ont-ils pas un droit égal, à moins qu'il ne soit modifié par des conventions ou par la prescription? Vainement la cour de cassation dit-elle que le riverain inférieur portait atteinte à des droits acquis par une longue jouissance; il n'y avait pas de prescription dans l'espèce, donc pas de droit acquis; il n'y avait qu'un règlement d'eau à faire, sauf à allouer des dommages-intérêts à l'usinier, si le propriétaire inférieur avait dépassé la limite de son droit.

(1) Besançon, 16 février 1859 et arrêt de cassation du 16 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 347).

Un riverain demande la destruction d'un barrage fait sans autorisation. Le défendeur oppose qu'il faut se pourvoir devant l'administration, parce qu'elle seule a le droit de fixer la hauteur des eaux. Oui, s'il s'agissait de régler les intérêts généraux, soit par un règlement, soit par une concession. Mais, dans l'espèce, le tribunal n'avait qu'à décider si le riverain avait eu le droit de nuire à son coriverain par la construction d'un barrage. Quelle que fût sa décision, l'administration était libre de prendre telle mesure qu'elle jugeait convenable dans l'intérêt public. La doctrine est en ce sens, ainsi que la jurisprudence (1).

Dans une autre espèce, où il n'y avait que des usiniers en cause, la cour de Caen se déclara compétente à l'égard de ceux qui invoquaient des titres ou des conventions particulières ; elle renvoya les autres devant l'administration, afin que celle-ci fixât la hauteur des eaux dans l'intérêt général. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2). Il nous semble que les tribunaux étaient compétents ; les parties intéressées ne leur demandaient pas de fixer la hauteur de la retenue de chaque usine au point de vue de l'intérêt public, elles concluaient seulement à ce que le juge réglât leurs droits respectifs de manière à concilier le droit de l'un des riverains avec le droit égal de ses coriverains ; c'est bien là ce que l'article 645 permet aux tribunaux de faire, en l'absence d'un règlement. Et la décision judiciaire n'aurait pas empêché l'autorité administrative de réglementer les eaux, au point de vue des intérêts généraux.

Quand il y a des intérêts généraux engagés dans un débat, le tribunal doit se déclarer incompétent. On demandait au tribunal de prescrire les mesures de conservation que nécessitaient les ravages causés par les eaux d'un torrent. Le demandeur n'invoquait ni convention, ni possession, ni un fait dommageable qui pût être imputé au défendeur. La

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 56, note 46. Arrêt de cassation du 5 mars 1833 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 573, 3°). Bordeaux, 23 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 565, 10°). Arrêt de rejet du 26 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 1, 338).

(2) Caen, 29 août 1832, et arrêt de rejet du 4 juin 1834 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 444, 3°).

cour d'Aix se déclara incompétente, et sur le pourvoi, sa décision fut maintenue par un arrêt de rejet (1).

b) *A l'égard de qui les tribunaux exercent-ils leur pouvoir réglementaire?*

340. L'article 645 répond à la question : « Entre les propriétaires auxquels les eaux courantes peuvent être utiles. » C'est dire que les riverains seuls peuvent demander un règlement; eux seuls ont droit aux eaux (n° 271); il ne peut s'élever de contestation sur l'usage des cours d'eau qu'entre ceux qui ont le droit d'en user. Donc si un propriétaire est séparé de la rivière par un héritage intermédiaire, fût-ce un chemin public, il ne pourra pas demander un règlement d'eau (2). Quant aux riverains, tous peuvent le demander, car l'article 644 donne à tous le droit de s'en servir. Il n'y a pas à distinguer entre les riverains dont une rivière traverse l'héritage et ceux dont elle borde les fonds; quelle que soit la divergence d'opinions sur leurs droits, toujours est-il qu'ils ont des droits, et c'est précisément parce que les avis diffèrent que les riverains se disputent sinon l'usage, du moins le volume d'eau dont ils peuvent disposer, et par suite il y a lieu à l'exercice du pouvoir réglementaire. Bien entendu que le cours d'eau doit être une rivière publique; s'il s'agit d'un cours d'eau artificiel, les tribunaux sont sans pouvoir. On reconnaît à l'administration une certaine action sur ces eaux, en tant que l'intérêt public l'exige, mais les tribunaux ne peuvent régler que des droits; or, le propriétaire du canal y a seul un droit; les autres riverains n'ayant pas le droit d'en user, il n'y a rien à concilier, parce qu'il n'y a pas de conflit possible. La jurisprudence est en ce sens, et en vérité la question est si simple que l'on comprend à peine qu'elle ait été portée devant les tribunaux, et jusque devant la cour de cassation (3).

(1) Arrêt de rejet du 2 août 1847 (Dalloz, 1847, 4, 180).
(2) Toulouse, 26 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 201, 1°).
(3) Bordeaux, 8 avril 1826 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 317, 1°). Arrêt de rejet du 15 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 255). Limoges, 25 juillet 1860 (Dalloz, 1861, 2, 99).

341. L'application du principe donne lieu à quelque doute, lorsqu'un propriétaire qui est riverain d'un cours d'eau ne l'est pas des ruisseaux qui l'alimentent; peut-il demander un règlement contre les riverains de ces affluents? Il avait semblé à la cour d'Agen que ce propriétaire, ne se trouvant pas en contact direct avec les eaux dont il demandait la réglementation, était par cela même sans droit, puisqu'il n'était pas riverain. La cour de cassation repoussa cette interprétation restrictive, qui est aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. L'article 645 est conçu dans les termes les plus généraux; il ne dit pas que les riverains d'un ruisseau ou d'une rivière peuvent seuls demander un règlement d'eau; il dit que s'il s'élève une contestation entre les propriétaires *auxquels les eaux courantes peuvent être utiles*, les tribunaux devront concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. Est-ce que par hasard les eaux du ruisseau qui alimentent une rivière ne sont pas utiles aux propriétaires dont les héritages bordent cette rivière? Ce sont, à vrai dire, les petits ruisseaux qui constituent la rivière, car celle-ci n'existerait pas sans les affluents. A quoi servirait la rivière aux riverains, si les riverains des ruisseaux en absorbaient ou en détournaient les eaux? Il y a conflit entre des propriétaires auxquels les mêmes eaux sont utiles, donc il y a lieu à règlement (1).

342. Un règlement suppose que tous les intéressés sont en cause, et que le tribunal distribue entre eux le volume d'eau selon leurs droits et leurs besoins. Faut-il conclure de là que les parties entre lesquelles il existe une contestation doivent mettre tous les riverains en cause? La cour de Montpellier a refusé de procéder à un règlement, parce que les besoins des riverains que l'on n'avait pas appelés en cause étaient ignorés, et que l'on ne pouvait soumettre les riverains supérieurs à autant de règlements d'eau qu'il y avait de riverains intéressés. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2). Ces décisions sont en opposition avec les principes qui régissent l'action des tribunaux. Ils ne

(1) Arrêt de cassation du 3 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 28).
(2) Montpellier, 17 novembre 1856. Arrêt de rejet du 25 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 86).

sont pas appelés à faire un règlement général ; c'est là la mission de l'administration. C'est donc à celle-ci à entendre tous les intéressés avant de statuer. Quant aux tribunaux, ils portent des décisions entre les parties qui sont en cause ; leurs règlements ne sont autre chose que des jugements, ils n'ont d'effet qu'entre ceux qui sont parties au procès. C'est aux riverains supérieurs à provoquer la mise en cause de tous les intéressés, s'ils veulent éviter de nouvelles contestations ; s'ils ne le font pas, le tribunal n'en doit pas moins faire le règlement qu'on lui demande. La cour de cassation, dans un arrêt récent, a jugé que les tribunaux n'étaient pas tenus de mettre en cause tous les intéressés ; il convient sans doute de le faire, si leur présence est nécessaire ; mais ils peuvent aussi procéder à un règlement d'eau dans l'unique intérêt des parties qui sont en instance (1).

c) *Étendue du pouvoir réglementaire.*

343. L'article 645 donne aux tribunaux un pouvoir modérateur ; la loi s'en remet à leur sagesse, dit le tribun Albisson, parce qu'elle n'a pu pourvoir à tous les cas, vu la variété des circonstances (2). Ce n'est pas assez dire, car cette variété se trouve dans toutes les matières, cependant les tribunaux n'exercent pas régulièrement un pouvoir de conciliation. La vraie raison pour laquelle les tribunaux peuvent réglementer l'usage des eaux, c'est que les droits des riverains n'ont rien d'absolu. Cela suppose qu'il s'agit d'eaux qui ne sont pas susceptibles d'une appropriation véritable. L'article 644 les définit en disant que ce sont les eaux courantes autres que celles qui dépendent du domaine public. Nous avons déjà dit que l'administration ne peut pas réglementer les eaux de source ; il en est de même du pouvoir judiciaire ; il n'y a rien là à concilier, puisque le propriétaire de la source en peut user à sa volonté (art. 641). La cour de Limoges avait méconnu ce principe

(1) Arrêt de rejet du 18 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 255). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 56 et note 47.
(2) Rapport d'Albisson, n° 8 (Locré, t. IV, p. 136).

élémentaire; son arrêt a été cassé (1). Que faut-il décider si le propriétaire du fonds où naît la source le vend par portions, en assurant aux acquéreurs la faculté de se servir des eaux? Il y a une raison de douter; on pourrait dire qu'il s'agit d'eaux de source sur lesquelles les propriétaires ont un droit absolu, que par suite il n'y a rien à concilier, rien à réglementer. Le motif de décider est que la source n'est l'objet d'une propriété privée qu'aussi longtemps qu'elle est l'accessoire du sol d'où elle jaillit. Si la propriété où elle a pris naissance est divisée, les eaux ne sont plus une source hors de la partie du fonds dont elle est l'accessoire; elles deviennent une eau courante; il y a donc lieu d'appliquer les articles 644 et 645. Dans l'espèce, on objectait que les contrats passés entre le propriétaire de la source et les divers acquéreurs tenaient lieu de règlement. La cour de cassation a très-bien jugé que les contrats donnaient seulement aux acheteurs un droit aux eaux, mais qu'ils ne déterminaient pas le mode d'user des eaux, les époques où les divers intéressés pouvaient les prendre, le temps pendant lequel ils pouvaient les garder, le volume dont chacun pouvait disposer. Il y avait donc lieu à un règlement d'eau, contrairement à ce que la cour de Nîmes avait décidé (2).

Ce que nous disons des sources s'applique également aux eaux pluviales. Ces eaux constituent aussi une propriété privée; le propriétaire inférieur est obligé de les recevoir, mais il n'y a aucun droit, dès lors il ne peut pas y avoir conflit entre lui et le propriétaire du fonds sur lequel tombent les pluies, et par suite il n'y a pas matière à conciliation (3). Cela suppose, bien entendu, que les eaux pluviales ne forment pas un cours d'eau; s'il en résulte une eau courante, il va sans dire que les riverains peuvent y exercer les droits que leur donne l'article 644, et que par suite il faut appliquer aussi, en cas de conflit, l'article 645.

(1) Arrêt de cassation du 29 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 114). Dans le même sens, Pau, 2 mai 1857 (Dalloz, 1857, 2, 139).

(2) Arrêt de cassation du 10 avril 1821 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 309, 1º).

(3) Colmar, 29 mai 1829 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 315) et 24 août 1850 (Dalloz, 1855, 2, 181).

344. Il ne suffit pas qu'il y ait une contestation entre les riverains d'une eau courante pour que les tribunaux puissent exercer leur pouvoir réglementaire. S'il y a des conventions entre ceux qui sont parties au procès, relativement à l'usage des eaux, le devoir des tribunaux est avant tout de les maintenir. C'est l'application d'un principe fondamental quoique élémentaire : les conventions, dit l'article 1134, tiennent lieu de lois entre les parties. Les tribunaux sont liés par les conventions aussi bien que ceux qui les ont faites; car le juge est appelé à garantir les droits conventionnels, bien loin qu'il puisse les modifier. Quand l'article 645 charge les tribunaux de concilier les droits et les intérêts divers, il suppose que les parties intéressées ne l'ont pas fait, il ne leur donne pas le pouvoir de changer ni d'altérer des droits conventionnels. Ainsi, si l'un des riverains avait acquis par titre l'usage exclusif des eaux, les tribunaux ne pourraient pas déroger aux droits qui résultent des titres (1). Il en serait de même s'il était intervenu entre les riverains une convention par laquelle ils auraient eux-mêmes réglé l'usage des eaux; ce serait encore un titre dont le juge devrait assurer l'exécution sans pouvoir le modifier (2). On doit encore considérer comme titres les concessions émanées des anciens seigneurs, puisque, étant propriétaires, ils avaient le droit de transmettre leur propriété, et si un propriétaire est riverain, il ne peut plus s'agir de modifier son droit par les droits égaux des coriverains, ceux-ci n'ayant plus de droit (3).

Ce principe doit être entendu avec quelques restrictions qui résultent des règles générales de droit. Il a été jugé que les tribunaux avaient le droit d'interpréter les conventions, « et même de les modifier par les résultats des nouvelles conventions que les parties auraient faites (4). » La rédaction n'est pas exacte, mais la pensée de la cour de

(1) Arrêt de cassation du 24 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 327, 1°).
(2) Arrêts de rejet du 19 avril 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 327, 2°) et du 8 septembre 1814 (*ibid.*, n° 327, 4°).
(3) Arrêt de rejet du 19 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 327, 3°).
(4) Arrêt de rejet du 2 août 1827 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 559, 1°).

cassation ne saurait être douteuse : le juge appelé à interpréter les conventions n'a jamais le pouvoir de les modifier, mais si les parties elles-mêmes y ont apporté des modifications, il va sans dire que le juge en doit tenir compte. De même si les titres étaient insuffisants, le juge n'étant plus lié par les conventions des parties, rentrerait dans le libre exercice de son droit de réglementer l'usage des eaux. Enfin il aurait le même pouvoir à l'égard des riverains qui n'ont pas été parties au contrat, les conventions n'ayant jamais d'effet qu'entre ceux qui les ont souscrites.

345. La loi donne aux tribunaux un pouvoir de conciliation, et elle ne leur trace d'autre règle, sinon qu'ils doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. Cela est très-vague. La cour de cassation en a conclu que les juges ont un pouvoir discrétionnaire qui les autorise à prononcer suivant les règles de l'équité. Il est vrai, comme le dit l'arrêt, « que pour l'exercice d'un tel pouvoir, les tribunaux ont à tenir compte de circonstances de fait multiples et diverses, dont l'appréciation ne peut, en général, heurter aux principes de droit, ni, par conséquent, donner ouverture à cassation (1). » Les tribunaux, y compris la cour de cassation, n'ont-ils pas abusé parfois de ce pouvoir discrétionnaire? Nous venons de dire que les tribunaux ne peuvent pas réglementer les eaux quand il existe une convention entre les riverains qui en règle l'usage. Il en est de même de la prescription, qui équivaut à un titre. La jurisprudence va plus loin ; il a été jugé qu'une *longue possession* suffit pour donner un droit à l'un des riverains à l'égard des autres (2). Qu'est-ce que cette *longue possession?* Un arrêt de la cour de Bruxelles en fixe la durée à trente ans, de sorte qu'une possession trentenaire constituerait un droit acquis (3). Cette jurisprudence est contraire à tout principe. N'est-il pas admis par la doctrine et par les arrêts que le droit des riverains sur les eaux est un droit de pure faculté? Et ce droit de

(1) Arrêt de rejet du 8 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 116).
(2) Arrêt de rejet du 19 avril 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 327, 2°).
(3) Bruxelles, 24 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 90).

pure faculté se perd-il par la seule possession d'un corivérain? Il posséderait les eaux pendant mille ans, dit Cœpolla, qu'il n'aurait pas acquis par là un droit exclusif sur les eaux (n° 306).

La cour de cassation a senti combien la doctrine d'une ancienne possession est peu juridique ; elle a essayé de lui donner une autre couleur. Dans l'espèce, il s'agissait d'un ruisseau formé de plusieurs sources nées sur une seule et même propriété. Après avoir traversé un chemin public, le ruisseau longeait un pré appartenant au propriétaire de la source, puis il passait par un héritage où il servait à une usine. L'usinier demanda un règlement d'eau contre le riverain supérieur, lequel invoqua son droit de propriété sur les eaux de la source et la prescription. La cour de Poitiers jugea très-bien que la source, après avoir traversé un fonds étranger, n'était plus une source, que c'était une eau courante, régie par l'article 644; mais elle admit la possession trentenaire comme une prescription au profit du propriétaire supérieur, et elle décida qu'ayant prescrit le droit d'user de l'eau, aucune atteinte ne pouvait plus être portée à ce droit. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Mais la cour de cassation ne prononce plus le mot de prescription. Elle se prévaut de la longue possession où le riverain supérieur avait été d'utiliser l'eau quarante-huit heures par semaine, pour en induire l'existence d'anciens *usages* relatifs à la répartition des eaux, au mode et à la durée du temps de leur jouissance; puis elle considère ces *usages* comme un *règlement particulier* qui, selon l'article 645, doit être observé nonobstant la demande d'un règlement nouveau (1). Qui ne voit que l'arrêt confond la *possession* avec la *convention?* Les *règlements* particuliers dont parle l'article 645, s'ils n'émanent pas de l'administration, doivent être fondés sur un concours de consentement des parties intéressées : c'est un *contrat*. La *possession* fait bien supposer l'existence d'une convention, mais il faut pour cela qu'elle réunisse les conditions requises pour la *prescription*. Or, dans l'espèce, il ne pouvait s'agir

(1) Arrêt de rejet du 10 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 170).

de prescription, aussi le mot ne se trouve-t-il pas dans l'arrêt. Restait une longue jouissance; mais quelque longue qu'on la suppose, elle ne peut priver le riverain inférieur d'un droit qu'il tient de la nature et de la loi, droit de pure faculté, contre lequel on ne peut invoquer une simple possession.

346. Quand il n'y a ni titre ni prescription, les tribunaux peuvent régler l'usage des eaux, comme le dit la cour de cassation, en consultant les règles de l'équité. Un arrêt de la cour de Paris, qui a été confirmé sur le pourvoi en cassation, nous en donne un exemple. Il décide que les riverains auront le droit d'irriguer leurs propriétés six fois par an, pendant la durée continue de vingt-quatre heures à chaque arrosage; et que l'usage qu'ils feront des eaux sera simultané, et qu'il aura lieu chaque fois en prévenant collectivement le propriétaire d'une usine, contre lequel le règlement était demandé. Les propriétaires réclamèrent en prétendant qu'il résulterait de là une espèce d'indivision forcée, prohibée par l'article 815; cette prétention n'était pas sérieuse, la cour de cassation n'en tint aucun compte (1).

Il a été jugé que le tribunal ne peut pas, en faisant un règlement d'eau, imposer une servitude à l'un des fonds riverains au profit de l'autre (2). En effet, le code ne permet pas aux tribunaux d'établir une servitude. Il ne faudrait pas conclure de là que le juge ne peut pas prescrire des travaux qui facilitent la répartition des eaux entre les riverains. C'est ainsi que la cour de Besançon a ordonné à l'un des riverains de construire un régulateur et une vanne pour la distribution des eaux, et à l'autre riverain de rembourser la moitié des frais de construction et d'entretien (3). Ce n'est pas là constituer une servitude. Le tribunal, ayant le droit de distribuer les eaux, a par cela même le pouvoir de prescrire les ouvrages nécessaires. Quand les tribunaux ordonnent des travaux nécessaires pour assurer à chacun des intéressés le volume d'eau qui lui est

(1) Arrêt du 8 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 116).
(2) Bruxelles, 24 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 90).
(3) Besançon, 27 novembre 1844 (Dalloz, 1846, 2, 78).

attribué, ils peuvent autoriser le riverain qui les fait à en surveiller l'exécution et l'entretien, et par suite à passer sur le fonds où les travaux se font. Ce n'est pas là établir une servitude de passage, c'est une mesure qui tend à garantir le droit du riverain. C'est le cas de dire : Qui veut la fin veut les moyens (1).

347. Autre est la question de savoir si les tribunaux peuvent ordonner la destruction des ouvrages qu'un riverain a faits pour détourner les eaux ou pour prendre un volume d'eau plus grand que celui auquel il a droit. L'affirmative n'est pas douteuse quand les travaux ont été faits sans autorisation; on reste alors sous l'empire du droit commun. Si les ouvrages constituent un fait dommageable, c'est-à-dire un quasi-délit, les tribunaux ont le droit non-seulement de prononcer des dommages-intérêts, mais aussi d'ordonner que la cause du dommage disparaisse, par la destruction des travaux qui, n'étant pas autorisés, constituent un quasi-délit permanent (2). Mais que faut-il décider si le riverain qui a fait les ouvrages demande que le tribunal sursoie à statuer sur l'action en destruction, jusqu'à ce que l'autorité administrative ait prononcé sur le maintien des travaux? Il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu de surseoir. En effet, le juge est en présence d'un fait dommageable, il est compétent et il doit épuiser sa juridiction, en statuant non-seulement sur la question de dommages-intérêts, mais aussi sur la destruction des travaux qui produisent le dommage (3).

S'il y a eu autorisation, et que néanmoins les ouvrages lèsent les droits d'un riverain, le tribunal peut-il en ordonner la destruction? On lit dans un rapport du conseiller Mesnard que dans ce cas nul doute n'est possible : les tribunaux, dit-il, n'ont pas le droit de faire détruire ce que l'administration a permis d'édifier; ils doivent se borner à accorder des dommages-intérêts, sauf à l'administration à aviser s'il y a un recours devant elle (4). C'est trop dire que

(1) Arrêt de rejet du 19 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 377).

(2) Arrêt de cassation du 21 août 1844 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 223, 4°), et arrêt de rejet du 30 août 1830 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 566, 3°).

(3) Arrêt de cassation du 7 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15).

(4) Rapport sur l'arrêt de rejet du 27 novembre 1814 (Dalloz, 1845, 1, 216)

d'affirmer que le doute n'est pas possible ; le droit est une mer de doutes. La doctrine s'est prononcée pour l'opinion contraire. M. Demolombe avoue que le pouvoir judiciaire ne peut pas réformer les actes du pouvoir administratif ; mais peut-on dire dans l'espèce qu'il les réforme, alors que les concessions accordées par l'administration réservent, expressément ou tacitement, les droits des tiers? Le juge ne fait qu'appliquer cette réserve, il n'y a donc aucun conflit (1).

La réserve des droits des tiers a-t-elle bien le sens que lui donne M. Demolombe? Nous en doutons. Les droits auxquels l'administration n'entend et ne peut pas déroger sont les droits de propriété et de servitude. S'il arrivait, et le cas s'est présenté, que l'administration autorisât un riverain à exécuter des travaux sur un terrain appartenant à un autre riverain, celui-ci aurait certes le droit de s'y opposer et d'en demander, au besoin, la destruction. Il y a une ordonnance du conseil d'Etat en ce sens (2). Mais supposons que les ouvrages soient faits sur la propriété du riverain qui est autorisé à les exécuter. Le coriverain se plaint que les travaux lui causent un préjudice, que par conséquent ils lèsent le droit que lui donne l'article 644 ; il en demande la destruction. Peut-on dire que la réserve de l'acte de concession porte sur le droit qui naît de l'article 644? Les riverains n'ont pas de droit absolu de propriété ; ils n'ont que des droits limités par le droit égal de leurs coriverains. Quand l'administration autorise l'un d'eux à exécuter des ouvrages, elle prend en considération les droits des divers riverains. Peut-on admettre qu'elle autorise des ouvrages, sauf aux tribunaux à les détruire? Cela n'est guère admissible. Tout ce que l'on peut dire, c'est que si les ouvrages nuisent à un coriverain, il y a lieu de réparer le préjudice ; dans ce cas l'administration avisera, comme le dit le conseiller Mesnard. C'est le seul moyen,

(1) Demolombe, t. XI, p. 234, nº 193. Il y a encore d'autres opinions, en divers sens, sur cette question. Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Eaux*, nº 574.

(2) Ordonnance du conseil d'Etat du 22 juin 1825 (Dalloz, au mot *Eaux*, nº 574, 1º).

nous semble-t-il, de maintenir l'indépendance des deux pouvoirs. Il y a un arrêt dela cour de cassation de Belgique qui consacre cette distinction. La jurisprudence française ne reconnaît pas aux tribunaux le droit d'ordonner la destruction d'ouvrages autorisés par le pouvoir administratif (1).

d) *Limites du pouvoir réglementaire des tribunaux.*

348. L'article 645, qui accorde aux tribunaux un pouvoir modérateur, ajoute cette restriction que « dans tous les cas les règlements *particuliers* et *locaux* sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés. » Qu'entend-on par règlements *particuliers?* Ce sont, dit-on, les arrangements des riverains entre eux (2). Ainsi entendus, les *règlements particuliers* se confondraient avec les conventions dont nous avons déjà parlé. Cette interprétation est inadmissible : il ne peut être question d'un règlement judiciaire qui se base sur l'équité, alors qu'il y a des droits conventionnels. Le mot *règlement* ne s'emploie guère pour désigner des conventions. Il se peut donc que l'article 645 entende parler d'actes administratifs qui ont réglé l'usage des eaux; en ce sens, les règlements dits *particuliers* se confondent avec les règlements que le code appelle *locaux*. Les tribunaux doivent observer les règlements soit généraux, soit provinciaux, soit communaux, sauf à examiner leur légalité. Quand ils sont légaux, ils tiennent lieu de lois.

349. Faut-il comprendre parmi les règlements locaux ceux qui ont été portés avant le code civil? La doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative (3). Il y a cependant des motifs de douter. Les règlements sont des lois locales; or, toutes les lois anciennes ont été abrogées par la loi du 30 ventôse an XII (art. 7). On répond, et la réponse est péremptoire, que l'article 645 maintient les

(1) Arrêt de rejet du 9 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390). La jurisprudence française est analysée dans le rapport précité de Mesnard.
(2) Demolombe, t. XI, p. 233, n° 191.
(3) Demolombe, t. XI, p. 233, n° 192. Arrêts de rejet du 19 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 327, 3°), et du 9 août 1843 (Dalloz, au mot *Eaux*, n° 211, 1°). Bruxelles, 28 décembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 195).

règlements, sans distinguer entre les règlements anciens et les règlements portés après la publication du code. Il y a une autre raison de douter; les règlements antérieurs à 89 émanent la plupart des anciens seigneurs : n'ont-ils pas été abrogés par les lois de la Révolution qui abolissent la féodalité? Nous avons répondu d'avance à l'objection. Il ne s'agit pas dans ces règlements de rapports de suzerain à vassal; les seigneurs ont réglementé les eaux comme exerçant une espèce de souveraineté : ce n'est pas là un de ces abus féodaux auxquels la Révolution a mis fin. Les règlements antérieurs à 89, quand ils contiennent des concessions, ont même une autorité plus grande que les règlements administratifs; qu'ils émanent de nos anciens souverains ou des seigneurs, peu importe; ils ont pu concéder aux riverains des droits absolus de propriété, tandis que les règlements modernes ne font que réglementer des droits qui ont leur principe dans la loi. Ces droits de propriété n'ont pas été abrogés par les lois de la révolution : nous en avons déjà fait la remarque (n° 332).

350. L'usage, constaté par une longue possession, tient-il lieu de règlement? Nous avons dit plus haut que la cour de cassation semble confondre les usages anciens avec les règlements (n° 345). On a essayé de justifier cette jurisprudence. Lorsque les riverains, dit-on, ont joui des eaux suivant un mode déterminé par un usage ancien et constant, cet usage peut faire présumer l'existence d'un règlement et en tenir lieu (1). Un règlement présumé, voilà quelque chose de si exorbitant, qu'il faudrait certes un texte pour admettre une pareille présomption! Or, on chercherait vainement un texte qui l'établisse; nous n'hésitons donc pas à la rejeter, de même que toutes celles que les auteurs et les tribunaux ont imaginées. Tout ce que l'on peut admettre avec la cour de cassation, c'est que le tribunal, appelé à faire un règlement d'eau, peut consulter les usages, c'est-à-dire le mode de jouissance suivi par les riverains; mais il n'est pas lié par cette possession, puisqu'il intervient pour la régler (2).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 58, note 51.
(2) Arrêt de rejet du 16 février 1853 (Dalloz, 1854, 5, 700).

351. Quand il y a un règlement, les tribunaux doivent l'observer, dit l'article 645. C'est dire que le pouvoir réglementaire des tribunaux est subordonné à celui de l'administration, et rien de plus naturel. Les règlements judiciaires ne sont que des jugements; or, les juges sont liés par les règlements comme ils le sont par les lois. Il se peut cependant que, malgré l'existence d'un règlement, les tribunaux aient le droit d'user du pouvoir de conciliation que leur donne l'article 645. Si des propriétaires se réunissent en association syndicale pour le desséchement et l'irrigation de leurs propriétés, et si des actes administratifs déterminent leurs droits respectifs sur les eaux, ce règlement n'empêche pas les tribunaux d'intervenir quand il s'agit de riverains qui ne font pas partie du syndicat; le règlement n'a en ce cas que l'effet d'une convention, il n'est obligatoire que pour les membres du syndicat; quant aux rapports du syndicat avec les autres riverains, ils restent soumis à l'action des tribunaux (1).

Il en est de même en cas d'insuffisance des règlements. Un acte émané de nos anciens souverains accorde à un riverain une prise d'eau, sans déterminer les époques et le mode suivant lequel ce droit sera exercé. Comme la concession ne confère pas de droit exclusif au concessionnaire, il faut régler, en cas de conflit, les droits des divers riverains. Il y a alors concours des deux pouvoirs réglementaires; l'acte émané du prince souverain est maintenu, le concessionnaire conserve la prise d'eau qui lui a été concédée; mais l'acte administratif n'ayant pas réglé l'exercice du droit, les tribunaux sont compétents pour faire ce règlement d'eau (2). On ne peut pas dire qu'ils empiètent sur le pouvoir de l'administration, pas plus qu'ils n'entreprennent sur le pouvoir législatif, quand ils réglementent les droits que l'article 645 donne aux riverains. Les deux règlements coexisteront avec les effets différents qui y sont attachés, l'un ayant force de loi, l'autre n'étant qu'une décision judiciaire.

(1) Arrêt de rejet du 19 juillet 1865 (Dalloz, 1866, 1, 40).
(2) Bruxelles, 28 décembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 195).

352. Quand il existe un règlement administratif, les tribunaux ne peuvent pas le modifier ni y déroger; les deux pouvoirs sont indépendants, et ils se meuvent librement dans le cercle de leurs attributions. Si le règlement détermine les travaux qui doivent être exécutés par un riverain, le tribunal ne peut pas ajouter à ses dispositions en prescrivant des travaux que l'administration n'a pas reconnus nécessaires (1). Bien moins encore le juge peut-il arrêter ou défendre les travaux ordonnés par l'autorité administrative. Quand il s'agit d'un règlement général, cela ne fait pas de doute, puisque ce règlement tient lieu de loi (2). Si c'est une concession, il faut appliquer ce que nous avons dit plus haut des limites dans lesquelles s'exerce le pouvoir administratif (n° 330). Il y a en Belgique une tendance à subordonner l'administration aux tribunaux; c'est une réaction contre les empiétements de l'autorité administrative, usurpations qui sous notre régime ne sont plus à craindre. L'action de l'administration a sa légitimité aussi bien que celle des tribunaux. S'il importe qu'elle n'envahisse pas les droits privés des citoyens, il importe aussi que les tribunaux ne se mêlent pas de régler les intérêts généraux de la société; ce n'est pas leur mission, et ils s'acquitteraient très-mal d'une tâche qui n'est pas la leur. Nous applaudissons donc à un arrêt de la cour de Bruxelles qui s'est déclarée incompétente pour défendre des faits que l'administration avait autorisés, sauf aux parties intéressées à réclamer des dommages-intérêts si le fait est dommageable (3).

353. Les règlements judiciaires sont des jugements. Il faut donc appliquer les principes qui régissent les sentences judiciaires. Ils n'ont d'effet qu'entre les parties. Même entre les parties, ils n'ont pas cette autorité irréfragable dont jouissent en général les jugements. Ils peuvent être modifiés soit par un règlement administratif, soit par un nouveau règlement judiciaire. Au premier abord, cela

(1) Bruxelles, 24 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 89).
(2) Liége, 26 novembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 34).
(3) Bruxelles, 6 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 17).

paraît contraire aux principes les plus élémentaires de droit. Si les tribunaux ne peuvent pas modifier les actes de l'administration, par contre l'administration ne peut pas toucher aux jugements. En quel sens donc disons-nous qu'un règlement administratif peut modifier les règlements judiciaires? C'est l'administration, et elle seule, qui a mission de régler les intérêts généraux, et quand elle porte un règlement, les tribunaux sont obligés de l'observer. Cela implique que le pouvoir administratif ne peut jamais être entravé dans son action par une décision judiciaire, pas plus qu'il ne l'est par des conventions, les jugements n'étant autre chose que des contrats faits en justice. Si donc, après que le tribunal aura fait un règlement d'eau, l'administration fait un règlement, ceux qui ont été parties en cause devant le tribunal y devront obéir aussi bien que ceux qui n'y ont pas été parties; en ce sens le règlement modifiera la décision judiciaire; mais quant aux intérêts privés, le jugement recevra ses effets.

Il y a un autre principe concernant les effets des jugements qui ne reçoit pas son application aux règlements d'eau faits par les tribunaux. Le juge ne peut pas réformer sa décision; il y a des recours légaux; quand ils sont épuisés, le jugement a force de chose jugée, il est considéré comme l'expression de la vérité et inattaquable à ce titre. Il n'en est pas de même des règlements sur l'usage des eaux. Le tribunal peut toujours les modifier; la raison en est que les faits qui ont motivé le premier règlement peuvent changer, et les faits changeant, les décisions doivent aussi changer. L'un des riverains augmente sa propriété riveraine; n'aura-t-il droit qu'au volume d'eau qui lui a été accordé par le premier règlement? Dans quelle mesure pourra-t-il étendre sa prise d'eau? C'est un nouveau conflit d'intérêts, donc il faut un nouveau règlement. Une terre arable est convertie en pré; de là de nouveaux besoins qui n'ont pas pu être prévus par l'ancien règlement. C'est en ce sens que la cour de cassation a décidé que les jugements qui interviennent en cette matière n'ont jamais un caractère irrévocable, qu'ils ne font pas obstacle à une réglementation ultérieure, si des besoins

nouveaux, nés d'une situation nouvelle, la rendent nécessaire (1).

§ II. *Des servitudes concernant les cours d'eau.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

354. Aux termes de l'article 640, « les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. » D'après la classification du code civil, c'est une servitude qui dérive de la situation des lieux. On a dit que ce n'est pas une vraie servitude, puisque c'est une charge commune à tous les fonds inférieurs ; c'est donc l'état général de la propriété ; or, un état de choses qui forme la condition de tous les héritages ne peut pas être considéré comme une servitude (2). Toujours est-il qu'il s'agit ici d'une charge que la nature impose à certains fonds dans l'intérêt d'autres fonds. On peut donc dire que c'est une servitude. Bien que cette charge profite en général au riverain inférieur, on ne peut pas dire que ce soit un droit. Le riverain inférieur n'a droit aux eaux qui découlent sur sa propriété que s'il s'agit d'une eau courante, en vertu de l'article 644, et s'il s'agit d'eaux de source ou d'eaux pluviales, en vertu d'un titre ou de la prescription. C'est la matière que nous venons d'examiner. Nous entrons maintenant dans un nouvel ordre d'idées, celui des servitudes qui grèvent les fonds riverains des cours d'eau non navigables.

Les auteurs du code civil, imbus des préjugés traditionnels qui régnaient dans l'ancien droit, semblent considérer les eaux comme une cause de dommage plutôt que comme un élément de richesse. Ils ne se sont guère préoccupés que des intérêts de l'agriculture ; le mot d'industrie ne se trouve pas dans nos textes. Même en ce qui concerne l'agriculture, à laquelle les eaux fournissent le principe

(1) Arrêt de rejet du 11 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 352). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 57 et note 50; Demolombe, t. XI, p. 238, n° 198.
(2) Duranton, t. V, p. 135, n° 146.

vivifiant de l'irrigation, le code n'a fait que suivre la tradition. Des besoins nouveaux se sont fait jour ; de là une opposition entre la lettre de la loi qui les ignore et les intérêts qui demandent satisfaction. Les interprètes ont essayé d'étendre les dispositions du code : c'était faire violence aux textes pour les mettre en harmonie avec un état de choses que le législateur n'a pas pu régler, puisqu'il ignorait et ne pouvait pas prévoir les progrès étonnants que l'industrie et l'agriculture elle-même ont réalisés au dix-neuvième siècle. Nous avons combattu ces interprétations forcées ; ce n'est pas que nous approuvions l'esprit étroit de notre législation, mais s'il faut l'élargir, cette mission appartient, non à l'interprète ni au juge, mais au législateur.

Des lois nouvelles ont été portées, en France et en Belgique, surtout pour favoriser l'irrigation (1). C'est un élément vital pour la prospérité de l'agriculture, et à l'agriculture se rattachent les intérêts les plus essentiels de la société, l'alimentation des classes laborieuses qui souffrent par le renchérissement excessif de la nourriture animale. La France surtout, bien plus que la Belgique, manque de prairies ; par là elle devient tributaire de l'étranger, non-seulement pour les besoins de première nécessité, la consommation de la viande, mais encore pour le recrutement de la race chevaline. Les prairies vivent d'eau ; il fallait donc favoriser l'irrigation, et on ne le peut si l'on maintient, comme l'avait fait le code, le droit absolu de propriété. Les lois nouvelles portées en France et en Belgique ont brisé ces entraves, en permettant aux tribunaux d'établir des servitudes dans l'intérêt de l'irrigation, ou en les établissant elles-mêmes (2).

355. Quel est le rapport entre les lois nouvelles et le code civil? La question est de savoir si ces lois dérogent au code en ce qui concerne les droits des riverains sur les

(1) Lois françaises du 29 avril 1845, du 11 juillet 1847 et du 10 juin 1854. Loi belge du 27 avril 1848 (reproduit les lois françaises de 1845 et de 1847) et loi du 10 juin 1851.

(2) Rapport de Dalloz sur le projet de loi français (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 115).

eaux. Il a été dit et répété dans les travaux préparatoires que les lois nouvelles n'entendaient pas modifier le code Napoléon, en accordant des droits nouveaux aux riverains. Ces droits restent ce qu'ils étaient; les servitudes que le législateur a introduites ont seulement pour but d'en faciliter l'exercice (1). Cela paraît décider la question; mais cela n'est pas aussi décisif qu'on le croirait d'après les principes qui régissent l'abrogation des lois. Il est certain que le code civil n'est pas modifié par les lois nouvelles. Mais il y a deux manières d'interpréter le code civil : le système rigoureux que nous avons suivi, en nous attachant au texte de la loi et à l'esprit dans lequel il a été rédigé, et l'interprétation extensive qui s'inspire des besoins nouveaux et tâche d'y accommoder la lettre du code. Auquel de ces deux systèmes les auteurs des lois belges et françaises ont-ils donné la préférence? Voulant élargir le cercle trop étroit dans lequel le code avait restreint la faculté d'irrigation, le législateur moderne a dû admettre l'interprétation qui concordait le mieux avec ses desseins. A ce point de vue, il y a innovation ; les textes restent ce qu'ils étaient, mais l'esprit a changé; ce n'est plus l'esprit exclusif du propriétaire qui préside à leur interprétation, c'est l'esprit d'amélioration et de progrès dans le domaine de l'agriculture.

356. Y a-t-il des différences entre la servitude de l'article 640 et les servitudes établies par les lois nouvelles? On en signale plusieurs. Il y en a une première qui est certaine, c'est que le but diffère. La servitude de l'article 640 est réellement l'œuvre de la nature : c'est la nature qui a donné aux eaux la loi qui les fait découler des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs. Tandis que les servitudes créées par les lois françaises et belges sont l'œuvre du législateur, qui a voulu favoriser les progrès de l'agriculture. De là découle une seconde différence, c'est que les propriétaires inférieurs ne peuvent pas réclamer d'indemnité à raison de la charge que leur impose l'article 640; la nature qui les soumet à recevoir les eaux qui découlent naturel-

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, note 6.

lement sur leurs fonds les dédommage le plus souvent par les bienfaits que les eaux leur procurent. Il n'en est pas de même des servitudes nouvelles ; elles apportent des restrictions à la propriété des fonds servants, c'est une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique tout ensemble et d'utilité particulière ; il fallait donc appliquer le principe que nul ne peut être privé de sa propriété que moyennant une juste et préalable indemnité. Du principe que la servitude de l'article 640 est l'œuvre de la nature, suit encore que les fonds dépendant du domaine public sont grevés de cette charge ; nous reviendrons sur ce point. Tandis que le domaine public n'est pas assujetti aux servitudes établies par les lois nouvelles; elles sont, en partie du moins, d'intérêt privé ; or, l'intérêt général qui destine le domaine public à l'usage de tous, l'emporte sur l'intérêt des propriétaires ; la destination publique ne comporte d'ailleurs pas d'assujettissement particulier. Il y a une dernière différence sur laquelle il y a doute. La servitude de l'article 640 n'est pas soumise à la transcription ; tandis que l'on enseigne que les servitudes nouvelles doivent être transcrites, au moins celles dont l'établissement exige le concours des tribunaux. Nous reviendrons sur la question, quand nous exposerons les principes qui régissent la transcription (1).

Nº 2. DE LA SERVITUDE DE L'ARTICLE 640.

I. *Principe et conditions.*

357. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le principe qui gouverne cette charge. Toullier dit que si l'on ne suivait que la loi de la propriété, le propriétaire inférieur pourrait élever des digues pour empêcher les eaux de couler sur son terrain et les faire refluer sur les fonds supérieurs ou sur les fonds voisins. En effet, telle serait la conséquence extrême du droit d'exclusion qui est un des attributs de la propriété. Mais les lois n'ont jamais admis

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 6 et 7, et les notes 1-3.

que, dans l'état de société, un propriétaire puisse écarter les eaux que la nature envoie sur son fonds, de manière à inonder les héritages voisins. L'article 640 n'a fait que consacrer une charge que la nature impose (1). Toujours est-il que c'est une restriction à la propriété, et que par suite elle est de rigoureuse interprétation. Œuvre de la nature, c'est aussi la nature qui en détermine les limites.

358. Aux termes de l'article 640, les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement. La loi est conçue en termes généraux ; elle parle des eaux qui découlent des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs, par suite du mouvement que la nature leur a imprimé, sans distinguer si ce sont des eaux pluviales, des eaux de source ou des eaux provenant de la fonte des neiges. Il est presque inutile de citer les arrêts qui l'ont décidé ainsi en ce qui concerne les eaux pluviales ; nous ne savons sous quel prétexte la question a été portée devant les tribunaux : les eaux pluviales ne sont-elles pas des eaux qui découlent naturellement des fonds plus élevés sur les fonds inférieurs? Et si les fonds inférieurs doivent recevoir les eaux pluviales, il va sans dire que c'est avec les pierres et les sables qu'elles charrient ; il en pourra résulter un dommage pour les propriétaires, mais ils n'ont pas droit à une indemnité de ce chef, c'est la nature qui le veut ainsi (2).

L'article 640 s'applique-t-il aussi aux eaux courantes, navigables ou non? Au premier abord, la question paraît tout aussi étrange que celle qu'on fait pour les eaux pluviales. Qui donc voudrait empêcher les rivières et les fleuves de suivre le cours que la nature leur a tracé? Cependant on a toujours admis une restriction à cette charge naturelle. L'article 640 dit que le propriétaire inférieur ne peut pas élever de digue qui empêche l'écoule-

(1) Toullier, t. II, p. 219, n° 484. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 26, n° 16 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 175, n° 264.

(2) Demolombe, t. XI, p. 28, n° 19, et p. 40, n° 32. Aubry et Rau, t. III, p. 10 et note 11. Bordeaux, 26 avril 1829 (Dalloz, au mot *Servitude* n° 348, 1°).

ment naturel des eaux. Cela est vrai aussi des riverains des eaux courantes; mais rien n'empêche les riverains de se garantir contre les accidents et les dommages qu'occasionnent les inondations, en faisant des ouvrages défensifs. Si recevoir les eaux est une charge naturelle, se défendre contre l'action des eaux est aussi un droit naturel. Il n'y a pas de contradiction, comme on pourrait le croire, entre l'obligation et le droit. Tant qu'il ne s'agit que du simple écoulement des eaux, le propriétaire inférieur ne peut rien faire pour se soustraire à la charge que la nature lui impose, pas plus le riverain d'un fleuve que le propriétaire sur le fonds duquel découlent des eaux pluviales. Mais quand il s'agit de se défendre contre l'attaque des eaux, la question est différente. La défense est permise à tous les riverains; l'un ne peut donc pas se plaindre des ouvrages faits par un coriverain, quand même ils auraient pour résultat de faire refluer les eaux sur son fonds, car il peut en faire autant, et si lui est imprévoyant, il ne peut pas se plaindre de ce que d'autres ont plus de prévoyance. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi pour les débordements de la Senne. Pour mettre la ville basse à l'abri des inondations, la commune de Bruxelles a construit des écluses dont elle ferme les vannes lors des grandes eaux. La cour a écarté les plaintes des riverains d'amont; elle dit très-bien que les débordements des rivières sont des cas de force majeure que l'on ne peut mettre sur la même ligne que le cours naturel des eaux, dont parle l'article 640; les travaux exécutés par la ville de Bruxelles étant purement défensifs, elle n'a fait que ce qu'elle avait le droit de faire, et ce que les riverains d'amont pouvaient faire également. Si, malgré les travaux de défense, il y a des riverains qui éprouvent un dommage, ils doivent s'en prendre à la nature, mais ils ne peuvent certes pas demander que la ville se laisse submerger afin d'empêcher leurs fonds d'êtr inondés; dans le cas d'un danger commun, chacun se défend pour son compte (1).

(1) Bruxelles, 2 janvier 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 49). La doctrine et la jurisprudence françaises sont dans le même sens (Demolombe, t. XI, p. 36, n° 30).

359. Faut-il que les deux héritages soient attenants l'un à l'autre pour qu'il y ait lieu à la servitude de l'article 640? La question se présente assez souvent, quand les eaux passent sur une voie publique avant d'arriver au fonds inférieur dont le propriétaire se plaint que les eaux ne découlent pas naturellement sur son héritage. Il y a, comme on voit, deux motifs de douter. D'abord, dit-on, le fonds servant et le fonds dominant ne sont pas contigus. L'objection repose sur une erreur; en effet, la voie publique est aussi un fonds servant; c'est elle qui d'abord reçoit les eaux, et elle doit les recevoir, bien qu'elle fasse partie du domaine public. Nous venons de dire que les terrains dépendant du domaine public sont assujettis à la servitude de l'article 640 : les voies publiques ne sont-elles pas destinées à recevoir les eaux pluviales et toutes les eaux qui y coulent par la pente naturelle des héritages? De la voie publique les eaux découlent ensuite sur les fonds inférieurs, ce qui écarte l'objection de non-contiguïté. On dit aussi que les chemins étant faits de main d'homme, les eaux qui en découlent n'ont plus le cours que la nature seule leur imprime; or, l'article 640 dit formellement que les eaux doivent découler sur les fonds inférieurs « sans que la main de l'homme y ait contribué. » L'objection serait fondée si, lors de la construction d'une route, on avait donné aux eaux une direction différente du cours qu'elles avaient naturellement. L'Etat qui construit la route n'a pas le droit d'imposer à un riverain inférieur la charge de recevoir des eaux qui n'auraient pas coulé sur son fonds en vertu d'une loi de la nature. Mais si la route ne modifie en rien le cours naturel des eaux, le propriétaire riverain n'a pas plus le droit de réclamer que si la route était restée un terrain ordinaire. Il est vrai que la route absorbe moins d'eau qu'une terre arable; on pourrait en conclure qu'il y a là une aggravation de servitude, ce que l'article 640 défend. Nous dirons plus loin ce que c'est que l'aggravation de servitude que la loi prohibe. La loi n'empêche pas le propriétaire supérieur de changer le mode de culture, et par suite d'absorber plus ou moins d'eau. En définitive, quand il transmettrait toute l'eau qu'il reçoit, le proprié-

taire inférieur n'aurait pas encore le droit de se plaindre, car on reste dans les lois de la nature (1).

360. La condition essentielle requise par l'article 640, pour qu'il y ait lieu à la servitude qu'il établit, est que les eaux découlent des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs « naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. » En ce sens la servitude dérive de la situation des lieux ; la loi n'entend consacrer que l'œuvre de la nature. Il a été jugé, par application de ce principe, que le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas changer le cours naturel des eaux pluviales qui coulent sur son fonds, de manière à les déverser sur des terrains inférieurs qui en étaient exempts. S'il change l'état des lieux, le propriétaire inférieur peut demander, par voie d'action possessoire, que les lieux soient rétablis dans leur ancien état. Vainement le propriétaire supérieur objecterait-il qu'il a fait les travaux dans l'intérêt de son exploitation, sans aucune intention de nuire ; il peut sans doute cultiver son fonds comme il l'entend, mais sous une condition, c'est de ne pas grever les fonds voisins d'une servitude que la loi ne leur impose pas (2).

Il faut, dit l'article 640, que la main de l'homme ne contribue en rien à l'écoulement des eaux. De là suit que si l'écoulement des eaux n'est pas entièrement naturel, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 640. Tel serait le cas où les eaux auraient été recueillies dans un aqueduc ou un canal (3) ; ce n'est plus l'œuvre de la nature, donc il ne peut être question d'une servitude naturelle. A plus forte raison en est-il ainsi quand les ouvrages construits par le propriétaire supérieur ont pour effet de changer le cours des eaux, en les transmettant à un propriétaire qui ne les aurait pas reçues si ces travaux n'avaient pas été faits. Cela a été jugé ainsi par la cour de Gand dans une espèce

(1) Arrêts de rejet du 3 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 220) et du 24 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 503). Il y a un arrêt de Paris du 31 décembre 1861 dans le même sens (Dalloz, 1863, 2, 118). La cour invoque aussi d'anciens règlements, maintenus par la loi du 22 juillet 1791, art. 29. Demolombe, t. XI, p. 28, n° 20. Aubry et Rau, t. III, p. 8, note 4.

(2) Arrêt de rejet du 27 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 405).

(3) Besançon, 10 mars 1868 (Dalloz, 1868, 2, 131).

où le propriétaire supérieur invoquait également l'intérêt de son exploitation. L'arrêt répond avec une loi romaine que chacun doit sans doute améliorer la culture de son héritage, mais qu'il ne peut pas le faire aux dépens de l'héritage voisin. Il faut entendre la maxime en ce sens que le propriétaire du fonds supérieur n'a pas le droit de grever le fonds inférieur d'une servitude, fût-ce dans l'intérêt de son exploitation, car nul ne peut user de son droit de manière à léser le droit d'autrui (1).

361. Le principe qui exclut la servitude quand l'écoulement n'est pas naturel s'applique sans difficulté aucune aux eaux ménagères. Tout est artificiel dans ces eaux, jusqu'à leur existence même ; c'est pour les écouler que l'on construit des aqueducs dans les villes ; on n'a le droit de les déverser sur les fonds voisins qu'en vertu d'un titre. Le principe s'applique également aux eaux pluviales qui découlent des toits ; la main de l'homme y est ; cela suffit pour écarter une servitude qui est l'œuvre de la nature seule. Il y a d'ailleurs un texte qui ne permet pas le doute : l'article 681 veut que *tout* propriétaire établisse ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut, ajoute la loi, les faire verser sur le fonds de son voisin. Cela est décisif, car la loi est conçue dans les termes les plus généraux : *tout* propriétaire, dit le code. Donc aucun propriétaire ne peut verser les eaux découlant des toits sur le fonds du voisin ; il n'y a pas à distinguer si c'est un fonds latéral ou un fonds inférieur, et il n'y avait pas lieu de distinguer, personne ne pouvant grever les fonds de ses voisins d'une servitude à son profit (2).

362. Il a été jugé que le propriétaire supérieur contrevient à l'article 640 en faisant sur son fonds des travaux qui empêchent les eaux pluviales de pénétrer dans les terres, tels que pavage, enduits, terrassements et autres

(1) Gand, 11 août 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 326).
(2) Liége, 1er décembre 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 283). Demolombe, t. XI, p. 31, n° 24. Aubry et Rau, t. II, p. 200 et note 5, et les autorités qui y sont citées.

ouvrages qui préviennent l'absorption des eaux. La main de l'homme y serait, dit-on, et partant on n'est plus dans le texte ni dans l'esprit de la loi (1). N'est-ce pas interpréter l'article 640 avec une rigueur excessive? Nous dirons à l'instant quels sont les travaux que le propriétaire du fonds servant peut faire dans son héritage. Pour le moment, il s'agit de déterminer si la charge provient de la nature, ou si la main de l'homme y est pour quelque chose. C'est une question de fait plutôt que de droit. Il nous semble que la servitude existe par le fait de la nature, dès que les eaux découlent sur le fonds inférieur par la pente du terrain, tandis que la servitude ne serait plus naturelle si les travaux changeaient la direction des eaux. Si donc le pavage, par exemple, a pour effet de diriger les eaux vers un fonds qui ne les aurait pas reçues naturellement, le propriétaire inférieur pourra évidemment réclamer. Que si la pente reste la même, la servitude naturelle existe; reste à savoir si le propriétaire supérieur ne l'a pas aggravée. C'est une autre question, sur laquelle nous reviendrons (2).

363. Une question plus difficile est celle de savoir s'il y a servitude en vertu de l'article 640, lorsqu'une source jaillit dans le fonds supérieur par suite de travaux qui y sont faits. Au premier abord, on croirait qu'il n'y a pas de doute, puisque les eaux doivent en quelque sorte leur existence à la main de l'homme; ce qui exclut toute servitude naturelle. Mais, en réalité, si par des travaux faits dans un fonds, on en fait jaillir une source, ce n'est pas l'homme qui crée l'eau, c'est la nature et la nature aussi lui imprime son cours sur le fonds inférieur; l'homme ne fait qu'ouvrir le sein de la terre pour donner une issue au trésor qu'elle renfermait. Toutefois la doctrine s'est prononcée pour une autre opinion. Elle distingue. Si les travaux ont pour but de faire surgir l'eau, il n'y a pas de servitude naturelle : tel serait un puits artésien. Si c'est par accident que des travaux de construction font jaillir une source, le hasard

(1) Douai, 3 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 167).
(2) Comparez Demolombe, t. XI, p. 32, n° 25 et les autorités qui y sont citées.

étant un fait naturel, la servitude aussi sera naturelle (1). La distinction nous paraît peu juridique. Celui qui cherche une source dans son fonds et qui la découvre fait ce qu'il a le droit de faire; usant de son droit, il ne peut pas être responsable des conséquences qui en résultent. Peu importe donc le but des travaux et leur nature; dès qu'il n'y a aucune faute à reprocher à celui qui les fait, l'eau qui surgit aura son cours naturel sur le fonds inférieur, et en ce sens la charge sera naturelle. Il n'y a qu'une restriction à apporter à cette décision; elle résulte des principes généraux concernant la propriété. Le propriétaire est responsable quand, en usant de son droit, il lèse le droit d'autrui. Si donc un propriétaire faisait des fouilles dans son héritage pour y découvrir une mine, et si par suite de ces travaux il inondait le fonds inférieur et en rendait l'exploitation impossible, il y aurait fait dommageable et non servitude naturelle d'écoulement (2).

On a encore proposé un autre tempérament. Lorsque le propriétaire supérieur creuse un puits, on admet que le propriétaire inférieur est obligé de recevoir les eaux, s'il n'est pas possible de les refouler dans le sol, ou de leur donner une autre issue; mais on oblige dans ce cas le propriétaire supérieur à payer une indemnité au propriétaire inférieur (3). Cela nous paraît tout à fait inadmissible. De deux choses l'une : ou il y a servitude naturelle, et alors il n'y a pas lieu à indemnité (n° 356) : ou il n'y a pas servitude naturelle, et alors de quel droit imposerait-on au propriétaire inférieur la charge de recevoir les eaux, fût-ce moyennant indemnité? Imposer une servitude, c'est démembrer la propriété, c'est exproprier; et on n'exproprie qu'en vertu de la loi. Il y a une loi qui permet l'écoulement forcé des eaux, moyennant indemnité. Aux termes de la loi belge du 27 août 1848, les propriétaires inférieurs doivent recevoir les eaux naturelles ou artificielles dont le propriétaire supérieur se sert pour l'irrigation de ses propriétés, au moyen d'un aqueduc construit sur un fonds

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 9, note 8.
(2) Bruxelles, 1er avril 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 178).
(3) Pardessus, t. Ier, p. 201, n° 83; Daviel, t. III, n° 903.

voisin; et la même charge existe quant aux eaux stagnantes qui submergent un fonds en tout ou en partie (art. 2, 3). Ces dispositions sont empruntées aux lois françaises de 1845 et de 1847. Elles témoignent contre l'opinion que nous combattons ; car il a fallu une loi pour assujettir le riverain inférieur à recevoir les eaux, dans les cas prévus, moyennant indemnité. En dehors de la loi et de la convention, il n'y a pas de servitude.

II. *Obligations du propriétaire inférieur.*

364. L'article 640 dit que le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche l'écoulement de l'eau. On doit formuler le principe d'une manière plus générale et dire que le propriétaire inférieur ne peut faire aucun travail qui ferait refluer les eaux sur l'héritage supérieur ou sur les fonds voisins. Son fonds est grevé d'une servitude; il ne peut pas s'en décharger au préjudice du fonds dominant, ni des autres fonds qui, d'après la situation des lieux, ne doivent pas supporter cette charge. On a objecté l'article 647, qui permet à tout propriétaire de se clore, et on en a conclu que cette disposition déroge à celle de l'article 640. La cour de cassation a très-bien jugé que les deux dispositions doivent se concilier, sans que l'on puisse prétendre que l'une déroge à l'autre. Sans doute le propriétaire inférieur peut se clore, mais il ne le peut pas au préjudice des servitudes qui grèvent son fonds. Lors donc qu'une eau découle sur son fonds, il peut à la vérité se clore, mais en laissant dans sa clôture une ouverture suffisante pour le libre passage des eaux (1).

365. Le propriétaire inférieur est-il tenu de curer le canal qui sert à l'écoulement des eaux, ou le lit que les eaux se sont creusé? D'après les principes qui régissent les servitudes, il faut décider que le propriétaire inférieur n'est pas tenu à faire, qu'il doit seulement souffrir que les eaux s'écoulent sur son fonds. Aussi l'article 640 se borne-

(1) Arrêt de rejet du 24 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 502). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 10 et notes 11 et 12, et les autorités qui y sont citées.

t-il à dire qu'il ne peut pas élever de digue qui empêche cet écoulement. Mais il est aussi de principe que celui auquel une servitude est due a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver. De là suit que le propriétaire supérieur peut faire curer le canal à ses frais, ce qui lui donne le droit de pénétrer dans l'héritage inférieur. Il va sans dire que si le curage était devenu nécessaire par la faute ou le fait du riverain inférieur, celui-ci devrait supporter les frais. Il y a encore une autre restriction à la règle qui soumet le propriétaire du fonds servant à souffrir et non à faire; si les eaux qu'il doit recevoir forment une eau courante, et que l'autorité administrative en ordonne le curage, il devra y contribuer en sa qualité de riverain (1).

366. Il y a un autre principe concernant l'exercice des servitudes dont le propriétaire inférieur peut se prévaloir. L'article 701 permet de concilier les intérêts opposés du propriétaire dont le fonds doit la servitude et de celui à qui la servitude est due; le premier peut faire des changements dans son fonds, pourvu qu'ils ne nuisent pas au propriétaire dominant. De là suit que le propriétaire inférieur peut exécuter tels travaux qu'il juge convenables pour empêcher que les eaux ne nuisent à son fonds, à condition que ces travaux ne causent aucun préjudice au propriétaire supérieur. Que faut-il décider si les travaux défensifs ont pour effet de faire refluer les eaux sur le fonds supérieur? Nous avons examiné la question en ce qui concerne les fleuves et les rivières (n° 293). Les mêmes principes s'appliquent par analogie à toutes les eaux. Il ne peut guère s'agir que des eaux torrentielles, qui ne forment pas de cours d'eau réguliers. La cour de Chambéry a jugé que le propriétaire inférieur pouvait se défendre contre l'irruption d'eaux torrentielles qui tous les dix ou quinze ans tombent à la suite d'orages épouvantables et dévastent tout sur leur passage. Certes, ce n'est pas pour des accidents de force majeure que l'article 640 a été porté; le

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nos 1327 et 1328. Duranton, t. V, p. 157, n° 161. Demolombe, t. XI, p. 41, n° 33. Aubry et Rau, t. III, p. 10 et notes 14-17.

code suppose des eaux qui ont un cours régulier. Si c'est un torrent dévastateur, tous les propriétaires ont le droit de repousser les attaques de l'ennemi (1).

III. *Obligations du propriétaire supérieur.*

367. Aux termes de l'article 640, le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. C'est l'application d'une règle générale en matiére de servitude. D'après l'article 702, le propriétaire dominant ne peut faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. Dans les servitudes qui sont établies par le fait de l'homme, il est assez facile de constater s'il y a un changement, et s'il en résulte une aggravation de la charge pour le fonds servant, parce que le titre détermine d'ordinaire le mode d'exercer la servitude; et à défaut de titre, on recourt à la possession, qui ne remonte jamais au delà de trente ans. Mais comment savoir, quand il s'agit d'un cours d'eau, quel était l'état primitif des lieux? quelle est l'époque à laquelle il faut recourir? est-ce au déluge? On dit que l'état qui a toujours subsisté depuis plus de trente ans doit être considéré comme constituant la situation naturelle des lieux (2). Sans doute le législateur aurait pu et il aurait peut-être dû le décider ainsi, mais il ne l'a pas fait, et dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas le faire; car ce serait créer une véritable présomption, et il n'y a pas de présomption sans texte. La question reste donc une question de fait, que le juge décidera par des enquêtes.

368. La loi défend au propriétaire dominant d'aggraver la servitude. Quand y aura-t-il aggravation? Tout le monde admet que le propriétaire supérieur ne peut pas corrompre les eaux; les jurisconsultes romains le décidaient déjà ainsi (3). Si la corruption des eaux peut causer un dom-

(1) Chambéry, 14 août 1868 (Dalloz, 1868, 2, 235). Comparez Duranton, t. V, p. 158, n° 162.
(2) Demolombe t. XI, p. 45, n° 35.
(3) L. 3, pr., D., *de aqua et aquæ* (XXXIX, 3). Proudhon, *Du domaine*

mage au propriétaire inférieur, abstraction faite de l'usage qu'il en ferait, la solution n'est pas douteuse : c'est l'application du principe qui régit les faits dommageables. Mais si les eaux étaient seulement corrompues en ce sens qu'elles sont moins pures, que par suite le riverain inférieur n'en peut user pour les besoins domestiques, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 640; car cette disposition concerne l'écoulement des eaux et non l'usage que le riverain inférieur en peut faire; elle ne donne pas de droit, elle impose une charge. Le riverain inférieur ne peut donc pas se plaindre de ce que la corruption des eaux ne lui permet pas de s'en servir. Il faut voir avant tout s'il a droit aux eaux; cette question est décidée, non par l'article 640, mais par l'article 641, s'il s'agit d'une source, et par l'article 644, s'il s'agit d'une rivière non navigable. Si le riverain inférieur a un droit sur les eaux, il est certain que le propriétaire supérieur ne peut les lui transmettre corrompues (n[os] 181 et 297), mais, s'il n'y a aucun droit, il ne peut se plaindre que si la corruption des eaux, par elle seule, lui cause un préjudice en nuisant à la santé des hommes ou des plantes.

369. La véritable aggravation prohibée par l'article 640 est celle qui concerne l'écoulement des eaux; ce qui arrive quand le propriétaire supérieur leur donne un cours plus rapide, et par suite nuisible aux fonds inférieurs. Faut-il conclure de là que s'il y a sur le fonds supérieur des travaux d'art destinés à garantir le fonds inférieur contre l'invasion des eaux pluviales, le propriétaire supérieur ne peut pas les détruire? On l'a jugé ainsi dans le cas où ces travaux existent depuis plus de trente ans (1), sans doute par suite de la présomption que nous venons de combattre (n° 367). S'il n'y a pas de présomption qui détermine l'état naturel des lieux, on peut encore moins en admettre une pour les travaux faits par le propriétaire supérieur dans

public, t. IV, n° 1305. Aubry et Rau, t. III, p. 11, note 19 et les autorités qui y sont citées.

(1) Arrêt de Lyon du 29 mai 1844 (Dalloz, 1845, 2, 125). La décision est fondée sur les faits particuliers de la cause; on aurait tort de la considérer comme un arrêt de doctrine.

son fonds. Ces travaux ne confèrent aucun droit au propriétaire inférieur, à moins qu'ils n'aient été faits en vertu d'une convention qui impose cette obligation au propriétaire supérieur. Quant à la servitude naturelle établie par l'article 640, elle oblige seulement le propriétaire supérieur à ne rien faire qui aggrave la charge du propriétaire inférieur.

370. Le propriétaire supérieur peut-il faire des travaux de culture, s'il en résulte une aggravation de la servitude au préjudice du fonds inférieur? Si l'on s'en tenait au texte de l'article 640, on ne pourrait pas même poser la question, car il prohibe toute aggravation de la servitude résultant des faits du propriétaire supérieur. Mais on ne peut pas séparer la loi de la tradition à laquelle elle se rattache. La servitude consacrée par le code civil vient du droit romain, et certes le législateur français n'a pas entendu se montrer plus rigoureux que les jurisconsultes de Rome, qui d'habitude donnent tant à la rigueur des principes. Eh bien, dans la matière qui nous occupe, ils consultent avant tout l'équité, et en cela encore ils font preuve de ce sens exquis qui les distingue. C'est la nature qui impose la charge au propriétaire inférieur, mais elle n'oublie pas le propriétaire supérieur; si elle s'oppose à ce que le propriétaire supérieur aggrave, sans utilité pour lui, la charge du propriétaire inférieur, elle ne veut pas non plus qu'il soit empêché de cultiver son fonds et d'améliorer la culture; or, c'est à cela que l'on aboutirait si l'on appliquait à la lettre la disposition qui lui défend de rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. Les jurisconsultes romains se sont bien gardés de ces aberrations; ils permettent au propriétaire supérieur de tracer des sillons qui, en procurant l'écoulement des eaux, les déversent nécessairement avec plus de rapidité sur le fonds inférieur; bien entendu, si l'intérêt de la culture l'exige, car il faut concilier les intérêts des deux propriétaires et non sacrifier l'un à l'autre. Le propriétaire supérieur peut encore changer de culture, quoique cette modification aggrave la charge du propriétaire, pourvu qu'il le fasse pour retirer des fruits plus abondants de son fonds. Il serait tout aussi absurde d'im-

mobiliser la culture d'un fonds jusqu'à la fin des siècles que de le condamner à une éternelle stérilité (1).

Nous croyons avec M. Demolombe qu'il faut aller plus loin, et permettre au propriétaire supérieur de bâtir, quand même il en résulterait une aggravation de charge pour le propriétaire inférieur (2). Les fonds sont destinés à être bâtis aussi bien qu'à être cultivés ; empêchera-t-on le propriétaire de paver sa cour, parce qu'une cour pavée transmet plus d'eau qu'une cour non pavée? Ici encore l'équité doit tempérer la rigueur du droit. S'il y a contestation entre les deux propriétaires, le juge s'inspirera de l'équité qui a dicté les décisions des jurisconsultes romains. Il y a donc lieu ici à un pouvoir de conciliation, comme en matière d'eaux courantes, quand les riverains s'en disputent l'usage. Le code ne le dit pas, mais la nature des choses l'implique, et l'exemple des jurisconsultes romains l'autorise ; non pas que l'interprète ait en général la latitude de décision qui appartenait aux jurisconsultes de Rome, mais quand le code a emprunté un principe aux lois romaines, il est naturel de l'entendre et de l'expliquer conformément à la tradition.

IV. *Modifications de la servitude.*

371. La servitude établie par l'article 640 peut-elle être modifiée? C'est-à-dire peut-elle être aggravée au profit du propriétaire supérieur? et peut-elle être restreinte ou même abolie dans l'intérêt du propriétaire inférieur, de manière à le libérer en tout ou en partie de la charge qui grève son fonds? Que la servitude puisse être modifiée par des conventions intervenues entre les parties intéressées, cela ne fait pas de doute. Elle est d'intérêt privé, rien n'empêche par conséquent les propriétaires de l'étendre, de la

(1) L. 1, §§ 3, 4, 5 et 7, D., *de aqua et aquæ pluv. arcend.* (XXXIX, 3). Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n°s 1308 et 1309. Duranton, t. V, p. 160, n° 165. Aubry et Rau, t. III, p. 11 et notes 21 et 22. Arrêt de rejet du 31 mai 1848, et les observations du conseiller Mesnard (Dalloz, 1848, 1, 154).

(2) Demolombe, t. XI, p. 48, n° 39. En sens contraire, Aubry et Rau, t III, 11, note 21.

restreindre et de l'abolir; c'est l'application du droit commun. Ce qui peut se faire par convention peut aussi se faire par destination du père de famille, puisque celle-ci tient lieu de titre. Enfin la prescription remplace la convention, ou elle suppose l'existence d'une convention, au moins tacite. Sur ce dernier point, il y a quelque difficulté. On demande quelles sont les conditions requises pour que la prescription existe.

372. Quand la servitude est aggravée au profit du propriétaire supérieur, tout le monde est d'accord. Il s'agit dans ce cas d'imposer une servitude au propriétaire inférieur. Cela ne fait aucun doute dans l'opinion de ceux qui pensent que la charge établie par l'article 640 n'est pas une servitude véritable; il est certain qu'elle devient une servitude dès qu'il intervient une convention qui assujettit le fonds inférieur au fonds supérieur, car par là la liberté naturelle des fonds se trouve restreinte, donc il y a servitude. Dans l'opinion contraire, la servitude naturelle établie par l'article 640 se change en servitude conventionnelle, lorsque les conventions des deux propriétaires intéressés aggravent la charge que la situation des lieux crée au profit du propriétaire supérieur : une aggravation de servitude est une nouvelle servitude. Or, les servitudes peuvent s'établir par la possession de trente ans lorsqu'elles sont continues et apparentes (art. 690). Si donc le propriétaire supérieur fait des ouvrages, tels qu'un aqueduc, pour transmettre sur le fonds inférieur des eaux ménagères ou de fabrique; de même s'il change, par des travaux d'art, le cours naturel des eaux de source ou de pluie, et si le propriétaire inférieur souffre cet état de choses pendant trente ans, il y aura aggravation de servitude, ou une nouvelle servitude acquise par prescription. On suppose naturellement que la possession trentenaire réunit les conditions prescrites par la loi (art. 2229). C'est le droit commun (1).

373. Quand il s'agit du propriétaire inférieur, il y a quelque difficulté. On n'est pas d'accord sur la nature de la

(1) Duranton, t. V, p. 164, nº 172.

charge établie par l'article 640; est-ce une servitude? ou est-ce l'état général, naturel des propriétés, tel qu'il résulte de la situation des lieux? Si c'est une servitude, et si le propriétaire inférieur prétend qu'elle a été restreinte ou abolie à son profit par la prescription, il faut appliquer les principes qui régissent l'extinction des servitudes. Puisque la servitude est continue, il faut, aux termes des articles 706 et 707, qu'il ait été fait des travaux qui empêchent l'exercice de la servitude ou qui la restreignent, et il faut que cet état de choses ait subsisté pendant trente ans. Peu importe du reste que les travaux aient été faits par le propriétaire inférieur ou par le propriétaire supérieur. Car il s'agit de l'extinction d'une servitude; or, tout ce que l'article 707 exige, c'est qu'il ait été fait un acte contraire à la servitude (1).

Si l'on admet que la charge qui grève les fonds inférieurs n'est pas une véritable servitude, alors la prescription invoquée par le propriétaire inférieur ne peut être qu'une prescription acquisitive, en ce sens qu'il se libère de ladite charge en acquérant sur le fonds supérieur une servitude contraire. Dans cette opinion, il faut aussi des travaux, mais on exige qu'ils soient l'œuvre de celui qui veut acquérir la servitude, c'est-à-dire du propriétaire inférieur, ce que le propriétaire supérieur fait dans son fonds ne pouvant pas donner un droit au propriétaire inférieur (2).

Le texte de l'article 640 décide la question en faveur de l'opinion que nous avons enseignée, puisque la loi qualifie expressément cette charge de *servitude*.

374. Il y a encore une autre opinion qui facilite singulièrement la libération du propriétaire inférieur. On prétend que dès qu'il y a des travaux faits au vu et au su du propriétaire supérieur, travaux qui ont pour objet d'empêcher l'exercice de la servitude, le silence du propriétaire implique la remise de la servitude. Ceux qui enseignent cette doctrine ne sont pas d'accord sur l'application qui en est faite à notre espèce (3). Nous n'entrons pas dans cette con-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 12 et note 26.
(2) Duranton, t. V, p. 165, n° 173. Demolombe, t. XI, p. 58, nos 48 et 49.
(3) Favard, *Répertoire*, au mot *Servitude*, section I, § 1, et section V.

troverse, parce que nous rejetons le principe d'où elle procède. Il résulte des articles 706 et 707 que le fait seul qu'il a été construit des ouvrages contraires à la servitude ne suffit point pour éteindre une servitude, il faut que cette contradiction ait duré trente ans. Donc la loi n'admet pas la remise tacite de la servitude par suite d'un consentement que le propriétaire du fonds dominant donne aux ouvrages qui empêchent l'exercice de son droit. Nous reviendrons sur ce point.

N° 3. DES SERVITUDES RELATIVES A L'IRRIGATION

I. *De la servitude d'aqueduc.*

a) *Principe.*

375. Aux termes de la loi belge du 27 avril 1848 (1) (art. 1er), « tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. » Cette servitude d'aqueduc a été établie pour favoriser l'irrigation des terres non riveraines. Elle est légale en ce sens que la loi la crée, mais elle n'existe pas de plein droit; celui qui veut profiter du bénéfice de la loi doit réclamer le passage, et en cas de contestation, le tribunal pourra ne pas l'accorder. Cela résulte du texte de la loi et du motif pour lequel la rédaction primitive a été modifiée. L'article 1er dit que tout propriétaire *pourra obtenir* le passage; le projet de loi français portait qu'il pourrait le *réclamer*, ce qui impliquait que le tribunal devait nécessairement l'accorder. On a voulu laisser au juge la faculté d'apprécier si la servi-

Toullier, t. III, n° 500; Daviel, *Des cours d'eau*, t. I, n° 369 et t. II, n° 694 *bis*. En sens contraire, Duranton, t. V, nos 173 et 174, et Duvergier sur Toullier, t. II, p. 229, note *a* et p. 231, note *a*.

(1) La loi belge est la reproduction littérale de la loi française du 29 avril 1845. On peut donc invoquer la doctrine et la jurisprudence française pour l'interprétation de la loi de 1848.

tude demandée était réellement utile ou nécessaire dans l'intérêt de l'agriculture. C'est une restriction imposée à la propriété; or, il est de principe que la propriété est libre, et que le propriétaire jouit d'un droit absolu qui ne peut être modifié que pour des motifs d'intérêt général. L'irrigation est sans doute un motif d'intérêt public, mais si elle était demandée pour un jardin d'agrément ou pour un pré de peu d'étendue, alors que l'aqueduc devrait traverser un grand nombre de fonds intermédiaires, les inconvénients dépasseraient les avantages : les tribunaux apprécieront. L'auteur de l'amendement a encore supposé le cas suivant, que nous citons parce qu'il fait connaître l'esprit de la loi. Il s'agit d'une eau privée, d'une source; pendant longtemps le propriétaire du fonds où elle jaillit l'a laissée couler sur les fonds inférieurs, et les propriétaires de ces fonds l'ont utilisée pour l'irrigation de leurs terres. Si le propriétaire supérieur la vend à un non-riverain, celui-ci pourra-t-il réclamer la servitude d'aqueduc à travers les fonds intermédiaires? L'agriculture n'y gagnerait rien, répond Pascalis, il n'y aurait que déplacement et non extension du bienfait de l'arrosage. « Le projet ne vient pas introduire la servitude forcée pour favoriser de pareilles combinaisons (1). »

376. La loi dit que le propriétaire intéressé pourra obtenir le *passage des eaux* par les fonds intermédiaires. Il s'agit donc de l'établissement d'une servitude et non d'une expropriation. On lit dans le rapport fait par Dalloz à la Chambre des députés, que le respect dû à la propriété n'a pas permis de priver les propriétaires intermédiaires d'une partie de leurs fonds dans l'intérêt privé de celui qui veut se servir des eaux pour irriguer ses terres. A vrai dire, la différence ne consiste que dans les mots. La servitude n'est-elle pas un démembrement de la propriété? C'est donc une expropriation partielle. Qu'elle soit partielle ou totale, l'expropriation, dans l'espèce, se justifie parfaitement. Il est vrai que c'est un particulier qui de-

(1) *Moniteur* du 14 février 1845 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 120, note 7, 1).

mande la servitude, mais il la demande au nom d'un intérêt social (n° 354); or, dès que la société est intéressée à ce qu'un propriétaire cède tout ou partie de sa propriété, l'intérêt privé du propriétaire exproprié doit céder devant l'utilité publique. Notre droit constitutionnel ne prescrit qu'une condition, c'est une indemnité préalable, et cette condition est écrite dans la loi de 1848, ce qui prouve que le législateur lui-même considère l'établissement de la servitude comme une espèce d'expropriation (1).

b) *Conditions.* — 1. *Le droit aux eaux.*

377. Pour que le propriétaire puisse demander le passage des eaux par les fonds intermédiaires, il faut naturellement qu'il ait le droit de disposer des eaux. Les lois française et belge le disent. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Nous avons exposé les principes qui régissent l'usage des eaux; si ces principes étaient à l'abri de toute controverse, notre tâche serait très-simple : nous n'aurions qu'à renvoyer à ce qui vient d'être dit. Mais les controverses ne manquent point. On peut les rapporter à deux systèmes différents. L'un s'attache au texte et à l'esprit de la loi, sans se préoccuper des intérêts généraux, ni des progrès que l'agriculture et l'industrie ont accomplis depuis la publication du code civil : c'est notre méthode dans tout le cours de cet ouvrage; nous ne reconnaissons pas à l'interprète le droit de modifier la loi; le législateur seul peut s'inspirer des besoins nouveaux qui se produisent pour mettre les lois en harmonie avec l'état social. Il y a un autre système qui cherche à accommoder la loi aux besoins nouveaux, en l'étendant au moyen d'une interprétation extensive. Ces deux voies conduisent à des conséquences bien diverses. Nous sommes donc en présence de principes incertains, contestés. De là la difficulté qui se présente dans l'application des lois nouvelles; elles main-

(1) Rapport de Dalloz sur la loi française de 1845 (Dalloz, *Recueil périodique,* 1845, 3, p. 116.

tiennent le code civil, cela est certain (1), mais quelle est l'interprétation qu'elles consacrent? est-ce l'interprétation textuelle et rigoureuse, ou est-ce l'interprétation plus large qui s'accommode aux besoins nouveaux de la société moderne? La réponse ne nous paraît pas douteuse. Quel est l'objet des lois belges et françaises? C'est précisément de mettre le code en harmonie avec les modifications qui se sont faites dans l'état social. Or, l'harmonie n'existerait pas si l'on continuait à suivre les principes étroits du code civil dans l'application des lois qui ont voulu tenir compte des besoins que les auteurs du code ignoraient. Ce serait donc se mettre en opposition avec l'esprit des lois nouvelles, que de rester attaché à l'interprétation stricte du code. Il faut donner la préférence à l'interprétation la plus large, si l'on veut que les lois nouvelles atteignent le but dans lequel elles ont été portées. Il résulte de là qu'en un certain sens le législateur a modifié le code Napoléon : le texte reste le même, mais l'esprit dans lequel on l'interprète a changé. Cela n'est pas sans inconvénients ni sans difficulté : de là l'incertitude qui règne dans la jurisprudence.

378. Le droit sur les eaux diffère suivant qu'elles sont l'objet d'une propriété absolue ou d'une propriété restreinte. Nous avons dit plus haut que les eaux de source appartiennent au maître du fonds, qui en dispose à sa volonté : ce sont les termes de la loi (art. 641). Peut-il aussi en disposer d'une manière absolue hors du fonds où la source prend naissance? Ici commence le doute et la controverse. Nous avons enseigné que la source, dès qu'elle a dépassé les limites de l'héritage où elle surgit, devient une eau courante, et que par suite le propriétaire de la source ne peut la conduire dans un héritage non riverain, ni la céder à l'un des riverains ou à un autre propriétaire (n[os] 183-185 et 191). La jurisprudence s'est prononcée, déjà sous l'empire du code civil, en faveur du propriétaire de la source. Par application du principe que nous venons

(1) Voyez la déclaration du rapporteur, dans la séance du 12 février 1845 (*Moniteur* du 13, et Dalloz, 1845, 3, 119).

de poser, il faut décider que le propriétaire de la source peut demander le passage de ces eaux sur des fonds intermédiaires pour arroser un héritage non riverain qui lui appartient. Par la même raison, il pourra céder son droit aux eaux de la source à un propriétaire non riverain (1). Le texte de la loi nouvelle est applicable : le propriétair de la source a le droit de disposer de ses eaux, puisqu'il peut en user à sa volonté, aux termes de l'article 641 ; et dans l'esprit de la loi, le bienfait de l'irrigation peut être étendu à tout héritage moyennant la servitude d'aqueduc qu'elle établit sur les fonds intermédiaires. Nous ne voyons pas qu'il y ait un doute sur ce point parmi les interprètes ni dans la jurisprudence.

Il y a quelque hésitation quand il s'agit d'appliquer ces principes aux eaux pluviales. Le doute vient de ce que l'on n'est pas d'accord sur la propriété des eaux pluviales. Il a été jugé que le propriétaire sur le fonds duquel découlent les eaux pluviales venant des fonds supérieurs n'a pas le droit de disposer des eaux, et partant il ne peut demander la servitude d'aqueduc pour les transmettre (2). Cette interprétation est plus que restrictive, elle nous semble erronée. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut (n° 225). Les eaux pluviales accèdent au fonds sur lequel elles découlent ; le propriétaire a donc le droit d'en disposer, ce qui décide la question. De même les eaux pluviales dérivées de la voie publique deviennent la propriété des riverains ; ils en peuvent disposer, donc ils peuvent aussi invoquer le bénéfice de la servitude d'aqueduc (3).

379. Les riverains des cours d'eau non navigables ont-ils la propriété des eaux ou n'en ont-ils que l'usage? Nous avons exposé la controverse ailleurs (4) ; elle réagit sur toutes les questions d'application. Un premier point est certain, c'est que, pour avoir droit aux eaux, il faut être

(1) Demolombe, t. XI, p. 250, n° 208, et les autorités qu'il cite.
(2) Colmar, 13 mars 1850 (Dalloz, 1855, 2, 227).
(3) Agen, 7 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Arrêt de rejet du 9 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 255). Aubry et Rau, t. III, p. 16 et note 8, et les autorités qui y sont citées.
(4) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 25, n°s 15 et suiv.

riverain. Le propriétaire qui est séparé d'une rivière par une voie publique peut-il demander le passage des eaux par le chemin pour les conduire sur son héritage? A notre avis, il ne peut invoquer ni le code civil, ni la loi nouvelle. Le code civil ne donne un droit aux eaux qu'à ceux dont les fonds sont bordés ou traversés par une rivière, et la loi de 1848 exige comme première condition que le propriétaire qui réclame la servitude d'aqueduc ait droit aux eaux. L'Etat, auquel la voie publique appartient, pourrait-il concéder au propriétaire qui borde la voie le droit de se servir des eaux moyennant un aqueduc? Oui, si l'on admet que les riverains peuvent céder leurs droits à un non-riverain. Non, si cette concession ne peut se faire. Dans l'espèce, c'est l'Etat qui est riverain; le propriétaire dont l'héritage longe le chemin n'a donc pas le droit d'invoquer la loi de 1848; il ne le pourrait que comme concessionnaire (1). Il nous faut donc voir si les riverains peuvent transmettre leurs droits.

Une première question se présente. Les riverains peuvent-ils se servir des eaux pour arroser un fonds non riverain qui leur appartient? Nous avons décidé la question négativement, d'après le code civil (n° 280); mais il y a une opinion plus favorable aux riverains qui l'a emporté depuis que la loi nouvelle permet à ceux qui peuvent disposer des eaux d'en demander le passage sur les fonds intermédiaires, à l'effet d'irriguer un héritage non riverain. La servitude d'aqueduc n'aurait guère d'utilité si elle ne pouvait être réclamée par les riverains des cours d'eau non navigables. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). Reste à savoir de quel volume d'eau le riverain peut disposer s'il veut arroser un fonds non riverain. Nous reviendrons sur ce point.

En supposant que les riverains aient le droit d'employer les eaux pour l'irrigation d'un fonds non riverain, il est difficile de ne pas leur accorder la faculté d'en disposer au profit d'un autre propriétaire. Cette question est cepen-

(1) Comparez le décret du conseil d'Etat, du 8 mars 1860 (Dalloz, 1860, 3, 83).
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 14 et note 5.

dant très-controversée. Dans le rapport fait sur la loi française de 1845, on lit qu'elle avait été soulevée au sein de la commission, et qu'on l'avait laissée indécise comme devant être décidée d'après les principes du droit commun (1). Lors de la discussion de la loi de 1847, on revint sur la question; elle fut vivement débattue, surtout en ce qui concerne les concessions faites par le gouvernement sur les eaux navigables. La commission de la Chambre des députés déclara que la loi de 1847 ne préjugeait pas le sens de la loi de 1845 et qu'il n'appartenait pas à la Chambre de l'interpréter; tandis que la commission de la Chambre des pairs se prononça pour l'interprétation restrictive (2). La jurisprudence est divisée (3). Nous admettons, sans hésiter, l'opinion favorable aux riverains, bien entendu en partant du principe que l'on reconnaît généralement, quant à la faculté des riverains de disposer des eaux pour l'irrigation de leurs propriétés non riveraines. Une fois ce droit reconnu, il faut être logique et admettre aussi les conséquences qui en découlent; si le droit d'irrigation peut être transporté à un héritage non riverain, qu'importe que cet héritage appartienne à un riverain ou à un non-riverain? C'est pour les fonds qu'il est établi et non pour les personnes.

380. Il s'est présenté une difficulté dans un cas particulier. On suppose qu'un obstacle naturel, tel que l'escarpement ou l'élévation de la rive, s'oppose à la prise d'eau qu'un riverain voudrait faire pour l'irrigation de son fonds; il achète une langue de terre sur la rive attenante à sa propriété; pourra-t-il prendre les eaux sur ce point et les conduire par ce terrain pour servir à l'irrigation de la propriété escarpée? Il a été jugé que le riverain ne pouvait dériver que les eaux dont il avait le droit de disposer pour l'irrigation de la parcelle nouvellement acquise (4). Cet

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, note 4.
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, p. 123 et 124.
(3) Arrêt de Montpellier, pour l'interprétation restrictive, du 17 février 1852 (Dalloz, 1854, 2, 210). En sens contraire, Nîmes, 6 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209); Agen, 7 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Demolombe, t. XI, p. 252, n° 211); Aubry et Rau, t. III, p. [illegible] et note 7.
(4) Aix, 30 juin 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1)

arrêt consacre l'interprétation la plus restrictive du code civil, en décidant que le riverain doit prendre l'eau vis-à-vis du fonds qu'il veut arroser, et sur un point de la rive compris dans les limites de ce fonds. L'article 644 ne dit pas cela; et les lois nouvelles qui permettent au riverain de dériver l'eau dont il a le droit de se servir pour l'irrigation d'un héritage non riverain, lui permettent à plus forte raison d'user des eaux pour tous ses fonds riverains, sans qu'il y ait à distinguer s'il prend les eaux vis-à-vis de la rive ou sur un autre point où il est également riverain. Aussi l'arrêt a-t-il été cassé (1).

Autre est la question de savoir si le riverain peut prendre les eaux en amont sur un point où elles ne bordent pas sa propriété. Il est certain qu'en vertu de l'article 644, il n'a pas ce droit. La loi nouvelle le lui donne-t-elle? On l'enseigne (2). Il est vrai que, dans l'espèce, le riverain a le droit d'user des eaux, mais il n'a pas le droit de les prendre sur un point de la rive qui ne lui appartient pas; ce ne serait pas là la servitude de passage établie par les lois de 1845 et de 1848, car cette servitude suppose que le propriétaire a le droit de conduire les eaux jusqu'au fonds intermédiaire sur lequel il demande le passage, tandis que dans l'espèce ce droit appartient à un autre riverain; ce serait donc une nouvelle servitude que le propriétaire voudrait imposer à un coriverain, servitude qui tendrait à priver celui-ci du droit que lui donne l'article 644 : ce qui est inadmissible. Il y a un arrêt de la cour de cassation dans le sens de notre opinion, qui est celle de M. Demolombe (3).

381. Une question analogue mais différente au fond se présente pour les cours d'eau navigables. On demande d'abord si le gouvernement peut accorder des prises d'eau sur ces rivières. L'arrêté du 19 ventôse an VI donne formellement à l'administration le pouvoir d'accorder des

(1) Arrêt de cassation du 14 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Comparez, plus haut, n° 276.
(2) Daviel, *Commentaire de la loi de* 1845, p. 30, n° 13.
(3) Arrêt de rejet du 15 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 78). Demolombe, t. XI, p. 255, n° 213.

prises d'eau sur les rivières navigables ou flottables. En faut-il conclure que le concessionnaire peut demander le passage par les fonds riverains des eaux qu'on lui a permis de dériver? Il y a un doute : c'est qu'il devrait pratiquer une prise d'eau sur un fonds riverain qui ne lui appartient pas, puis conduire les eaux par un aqueduc sur l'héritage qu'il veut arroser. Or, les lois lui donnent bien la servitude d'aqueduc, mais elles ne lui donnent pas la servitude de prise d'eau. On répond que, dans l'espèce, le concessionnaire ayant obtenu le droit de se servir des eaux peut réclamer un aqueduc pour les conduire sur son fonds; si en outre il doit faire des travaux à l'effet d'amener les eaux dans l'aqueduc, c'est le cas d'appliquer le principe écrit dans l'article 697, aux termes duquel celui qui a une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user (1). A notre avis, l'article 697 prévoit un cas différent de celui que nous venons d'examiner; le riverain d'un fleuve navigable n'a aucun droit sur les eaux, il ne peut donc pas opposer au concessionnaire que celui-ci le prive d'un droit, en exerçant une prise d'eau sur son fonds.

c) *Deuxième condition. Intérêt de l'irrigation.*

382. La servitude d'aqueduc a été établie dans l'intérêt de l'agriculture; les rapports et la discussion ne laissent aucun doute sur ce point. Cela est dit dans le texte même : « Tout propriétaire qui voudra se servir, *pour l'irrigation de ses propriétés,* des eaux dont il a le droit de disposer. » Or, il est de principe que les servitudes et surtout les servitudes légales sont de stricte interprétation; de là suit que la servitude d'aqueduc ne peut pas être demandée pour un autre usage des eaux. Ce principe a été proclamé lors de la discussion de la loi française. La propriété est un droit exclusif et jaloux; elle trouva des défenseurs ardents au sein des Chambres; n'était-ce pas porter atteinte à la propriété que de permettre de lui imposer des restrictions

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 16, note 9. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 254, n° 212.

dans un intérêt privé? et sous le prétexte de l'intérêt de l'agriculture, n'arrivera-t-il pas qu'un propriétaire soit grevé d'une servitude d'aqueduc très-onéreuse, alors que, dans la réalité, cette charge n'aura pour objet que de satisfaire un intérêt industriel ou domestique, peut-être même le caprice d'un riche voisin? A ces objections, le rapporteur répondit: « La servitude que l'on propose de créer ne constitue pas un droit absolu au profit du propriétaire qui demande le passage des eaux : le tribunal est appelé à constater si réellement la servitude d'aqueduc a pour objet l'irrigation. Il ne suffira pas d'alléguer une irrigation imaginaire, ou d'invoquer un simulacre d'irrigation pour obtenir du juge le droit de diriger sur la propriété voisine des eaux destinées à l'exploitation d'une usine, à la commodité d'une maison de campagne ou à l'embellissement d'un parc. Il ne suffira pas davantage d'avoir un volume d'eau quelconque à sa disposition, si le niveau des terres ne permet pas l'irrigation, ou si le volume d'eau est évidemment insuffisant; car la propriété privée ne peut être asservie que dans un intérêt général qui ne peut exister que là où l'irrigation est réelle et utile. Tel est le sens dans lequel la disposition a été conçue, et les tribunaux sont armés d'un pouvoir discrétionnaire propre à faire respecter la pensée de la loi (1). »

Il a été jugé, par application de ce principe, que la servitude d'aqueduc ne peut être établie dans l'intérêt d'une usine (2). Nous exposons les principes de la loi, sans vouloir les justifier. L'intérêt de l'industrie est aussi considérable que celui de l'agriculture; si on l'a exclu des lois nouvelles, c'est qu'elles avaient un objet spécial. Quand on revisera le code civil, on tiendra grand compte des besoins de l'industrie, car l'industrie est devenue un principe de vie pour les sociétés modernes.

(1) *Moniteur* du 13 février 1845. Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 118, note 3, 1.

(2) Arrêt de rejet du 29 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 415). Comparez Demolombe, t. XI, p. 247, n° 205); Aubry et Rau, t. III, p. 17 et note 10.

d) *Établissement de la servitude.*

383. La loi belge de 1848, de même que la loi française de 1845, dont elle est la reproduction, établissent des principes concernant la compétence des tribunaux et de l'administration. D'une part, elles disposent qu'elles ne dérogent pas aux lois qui règlent la police des eaux. (Loi de 1848, art. 9.) Par application de cette disposition, la jurisprudence française décide que l'autorité administrative doit intervenir pour accorder la prise d'eau et pour déterminer le volume d'eau que le propriétaire pourra transmettre par la servitude d'aqueduc (1). S'il y a des règlements qui exigent l'autorisation de l'administration, les riverains devront naturellement les observer. En l'absence de règlements, nous ne connaissons pas de loi qui exige une concession de l'autorité administrative pour l'usage des eaux non navigables. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 295).

Quant aux tribunaux, leur compétence est réglée par les lois nouvelles, qui entrent dans le détail des attributions confiées au pouvoir judiciaire, sans doute pour prévenir tout conflit. Il n'est pas dit que le juge doit nécessairement intervenir pour l'établissement de la servitude d'aqueduc. Les tribunaux ne sont appelés qu'à juger les contestations portées devant eux. Si les parties intéressées s'entendent, la servitude sera réglée par voie de convention. C'est en ce sens que la loi de 1848 dit que les contestations auxquelles pourra donner lieu l'établissement de la servitude seront portées devant les tribunaux. Puis la loi énumère les difficultés qui peuvent être soumises au juge : la fixation du parcours de l'aqueduc, de ses dimensions et de sa forme, la construction des ouvrages d'art à établir pour la prise d'eau, l'entretien de ces ouvrages, les changements à faire aux ouvrages déjà établis (art. 7).

384. Les tribunaux jouissent, en cette matière, d'un pouvoir à peu près discrétionnaire. En effet, la loi dit qu'ils

(1) Paris, 31 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 108), confirmé par un arrêt de rejet du 8 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 411).

devront concilier l'intérêt de l'opération (c'est-à-dire de l'irrigation) avec le respect dû à la propriété. Ce sont les termes de l'article 645 du code civil; appelés à concilier des intérêts opposés, les tribunaux ont par cela même un pouvoir modérateur. Nous avons déjà dit en quel sens ils doivent exercer ce pouvoir, d'après la discussion de la loi française. La jurisprudence est venue compléter cette interprétation sur un point capital, le volume d'eau dont le propriétaire peut disposer; de là dépend naturellement la dimension de l'aqueduc et la charge qui grève les fonds servants. Si l'on accorde à l'administration le pouvoir d'autoriser la prise d'eau, il semble qu'on doit lui reconnaître aussi le droit de fixer le volume d'eau que le propriétaire peut prendre (1). Mais il faut se rappeler que l'administration ne préjuge rien de ce qui concerne les droits des parties intéressées; elle ne règle que les intérêts généraux, alors même qu'elle intervient par voie de concession (n°s 314 et 330). Les droits des parties sont déterminés par la loi, et quand il s'agit de cours d'eau non navigables, les tribunaux ont un pouvoir de conciliation qui leur permet de distribuer le volume d'eau que les divers riverains ont le droit d'employer. De là suit que les juges ont aussi un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le volume d'eau que le propriétaire intéressé prend pour le transmettre par l'aqueduc sur l'héritage qu'il veut irriguer. La quantité d'eau n'est pas nécessairement en rapport avec l'étendue du fonds dont il est propriétaire riverain; les tribunaux peuvent tenir compte des besoins du fonds que le propriétaire veut irriguer, sauf aux coriverains à contester, s'il y a lieu. Nous disons les coriverains; car eux seuls ont des droits à faire valoir; les propriétaires intermédiaires, non riverains, n'ont aucune qualité pour contester le volume d'eau qui passera par leur fonds. La loi prévoit, il est vrai, qu'il y ait contestation sur la dimension de l'aqueduc, ce qui se rapporte au volume d'eau pour lequel le passage doit être accordé; mais cela ne prouve pas que

(1) C'est ce que dit un arrêt d'Orléans du 3 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 162).

les propriétaires intermédiaires aient le droit de contester le volume de la prise d'eau, cela suppose seulement que la quantité d'eau étant déterminée, il se trouve que l'aqueduc est trop grand, et qu'il y a lieu d'en réduire les dimensions. Il y a plus : les tribunaux ne sont pas obligés de réduire la prise d'eau sur les réclamations des riverains ; ils peuvent user du pouvoir modérateur que leur donne le code civil, en accordant à l'irrigation les eaux qui lui sont nécessaires, sauf à allouer une indemnité aux riverains lésés. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

385. On sait que le propriétaire enclavé peut demander un passage sur les fonds de ses voisins ; l'article 683 veut que le passage soit pris régulièrement du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique, et l'article 684 ajoute qu'il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. Faut-il appliquer ces dispositions, par analogie, à la servitude d'aqueduc? On avait demandé qu'elles fussent inscrites dans la loi, et que l'on permît aux propriétaires intermédiaires d'indiquer eux-mêmes le lieu où les eaux doivent passer. Le rapporteur répondit que tel était certainement l'esprit de la loi, mais qu'on ne pouvait pas formuler ces mesures d'exécution dans le texte, parce qu'elles pourraient se trouver d'une application impossible. En effet, il n'en est pas d'un aqueduc comme d'un simple passage; on peut passer à la rigueur où l'on veut, tandis qu'on ne conduit pas les eaux à volonté, tout en cette matière dépendant du niveau des eaux et de la pente des terrains. Il fallait donc, comme l'a fait le législateur, s'en rapporter à la prudence des tribunaux, qui concilieront l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété (2).

386. Si l'eau doit passer par une voie publique, les tribunaux seront-ils compétents pour autoriser le passage moyennant un aqueduc? La négative est certaine. En

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 17 et notes 12 et 13, et les autorités qui y sont citées. Arrêt de rejet du 8 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 410). Colmar, 9 avril 1861 (Dalloz, 1861, 2, 178). Comparez Nîmes, 6 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209).

(2) Dalloz, Rapport sur la loi de 1845 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 13, 20, note 8, 1).

effet, la voie publique est hors du commerce; il n'appartient pas aux tribunaux de prescrire des ouvrages qui pourraient compromettre la circulation, c'est-à-dire la destination des chemins. Il est vrai que, dans l'espèce, c'est la loi qui impose la servitude, mais elle l'impose aux propriétés privées; quant au domaine public, il n'est pas assujetti aux servitudes; sauf à l'administration à voir si la destination publique des voies de communication permet d'y autoriser certains travaux. Mais ces concessions sont de leur nature essentiellement précaires et partant révocables. On a objecté que la loi de 1848, qui déclare expressément qu'elle n'entend pas déroger aux lois qui règlent la police des eaux, ne contient pas de réserve semblable quant aux lois sur la voirie. La cour de Dijon répond que cette réserve était inutile, parce qu'il va sans dire qu'une loi étrangère à la voirie ne peut pas déroger aux lois sur cette matière (1).

387. La servitude de conduite d'eau établie par la loi de 1848 s'exerce par un aqueduc; il faut appliquer ici la disposition de l'article 697, qui autorise le propriétaire du fonds dominant à faire tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude. Cela est reconnu par tous les interprètes (2). Est-ce à dire que le propriétaire puisse réclamer l'usage d'un aqueduc existant dans un fonds intermédiaire? Non, car cela aboutirait à le rendre copropriétaire non-seulement de l'aqueduc, mais aussi de l'eau qu'il conduit. Ce serait donc une vraie expropriation; il faudrait une loi pour donner ce droit, et le législateur s'est bien gardé d'aller jusque-là, car la communauté forcée est une source de difficultés et de procès; la loi ne l'admet que quand elle y est obligée, et dans l'espèce il n'y avait aucune nécessité de l'établir. C'est au propriétaire à demander le passage pour les eaux dont il a le droit de se servir, et aux tribunaux à l'accorder s'il y a lieu (3).

388. Celui qui réclame la servitude d'aqueduc reste

(1) Dijon, 4 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 2, 158).
(2) Garnier, *Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 9. Demolombe t. XI, p. 256, n° 215.
(3) Nîmes, 15 février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 72).

soumis à l'obligation que lui impose l'article 644, s'il dérive les eaux d'une rivière pour irriguer une propriété non riveraine. Aux termes de cette disposition, le riverain supérieur ne peut jamais absorber les eaux au préjudice des riverains inférieurs. Alors même qu'il est propriétaire des deux rives, il est tenu de rendre l'eau, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. La prise d'eau qu'il exerce en vertu de la loi de 1848 est soumise à la même charge, car les lois nouvelles ne dérogent en rien au code civil. Il faut donc que le propriétaire, après s'être servi des eaux pour l'irrigation de son héritage, les rende à leur cours ordinaire. Cela suppose qu'il y a des riverains inférieurs qui ont intérêt à recevoir les eaux; s'ils n'éprouvent aucun dommage de leur détournement ou de leur absorption, ils n'ont pas le droit de se plaindre, car le droit des riverains n'est pas absolu, il naît du préjudice. De là suit que les tribunaux peuvent accorder la servitude d'aqueduc, bien que les eaux ne soient pas rendues à leur cours ordinaire, si en fait il ne résulte de là aucun préjudice (1). Les tribunaux peuvent aussi exercer leur pouvoir de conciliation et permettre à un riverain supérieur de dériver les eaux, alors même que cette dérivation occasionnerait quelque préjudice à des propriétaires inférieurs, sauf à accorder à ceux-ci une indemnité. Comme le dit très-bien la cour de Nancy, c'est aux tribunaux à encourager et à favoriser l'irrigation : tel est le but de la loi nouvelle, c'est donc l'interpréter d'après son esprit que de concilier les intérêts opposés, en accordant la servitude d'aqueduc à l'un et en indemnisant l'autre du dommage qu'il éprouve (2).

389. Celui qui réclame le passage des eaux doit payer aux propriétaires des fonds traversés « une juste et préalable indemnité. » C'est le principe que la Constitution établit en matière d'expropriation (art. 11). « Le respect de la propriété, dit le rapporteur de la loi française, a porté votre commission à exiger que l'indemnité fût préalable et payée avant le commencement des travaux, et sans la prise

(1) Arrêt de rejet du 8 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 411). Paris, 31 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 208).
(2) Nancy, 1er mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 108).

de possession provisoire. L'indemnité doit aussi être juste, c'est-à-dire proportionnée au dommage réel qu'éprouve le propriétaire du fonds traversé par les eaux. Dans cette appréciation doit entrer non-seulement la valeur du terrain dont il se trouve privé par le canal et ses dépendances, mais encore le préjudice que lui causent la confection et l'existence du canal et la séparation de la propriété en deux ou plusieurs parties. Cette indemnité est, au reste, indépendante de celle qui peut lui être due pour les dégradations que sa propriété aura éprouvées par l'irruption des eaux, et qui résulteraient de la négligence que le propriétaire des eaux apporterait dans l'entretien et le curage de l'aqueduc (1). »

390. Les propriétaires des fonds traversés par l'aqueduc ont-ils droit aux eaux? En France, on avait fait une proposition en ce sens, lors de la discussion de la loi de 1845. Il paraît assez juste que les propriétaires soient admis au partage des eaux quand elles excèdent les besoins de celui qui en a réclamé le passage, sauf à compenser cet avantage jusqu'à due concurrence avec l'indemnité qu'il doit payer. La proposition n'a pas été admise. D'abord elle aurait été d'une application très-rare, parce qu'il est naturel de présumer qu'un propriétaire ne dérive que le volume d'eau qui lui est nécessaire pour l'irrigation de ses terres. Ce qui a surtout décidé la commission à rejeter ce partage d'eaux, c'est qu'il aurait donné lieu à des contestations incessantes sur la quantité d'eau nécessaire à l'un, et sur celle que l'autre emploierait. Cela n'empêche pas les parties intéressées de faire sur l'usage des eaux telles conventions qu'elles voudront (2). On pouvait donc s'en rapporter à l'intérêt des propriétaires; mieux vaut la liberté que la contrainte.

II. *Servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.*

391. Aux termes de la loi de 1848 (art. 2), « les pro-

(1) Dalloz, Rapport sur la loi de 1845 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845 3, p. 120, note 10).
(2) Dalloz, Rapport (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 120, note 13).

priétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. » La servitude d'*écoulement* est une conséquence forcée de la servitude d'*aqueduc*. Des eaux sont amenées par des travaux d'art sur un fonds pour servir à l'irrigation. Que deviendront celles qui ne sont pas absorbées par les terres? Le propriétaire n'a pas le droit de les déverser sur les fonds inférieurs, car le code civil ne lui permet de les transmettre à ces héritages que lorsqu'elles découlent naturellement des fonds plus élevés, sans que la main de l'homme y ait contribué (art. 640); or, ici le cours d'eau lui-même est artificiel. Il fallait donc étendre la servitude établie par l'article 640, en obligeant les propriétaires inférieurs à recevoir les eaux. Cette charge pèse non-seulement sur le propriétaire du terrain contigu à celui qui est arrosé; elle s'étend aux propriétaires des fonds subséquents, lorsqu'il y a nécessité. Voilà pourquoi la loi dit: « les propriétaires inférieurs (1). » Il y a nécessité lorsque les eaux ne sont pas absorbées et qu'elles doivent être conduites dans une rivière. La nécessité est même légale quand les eaux ont été dérivées d'un cours d'eau navigable ou non, et que le propriétaire doit les rendre à leur cours naturel.

392. Dans ce dernier cas, il se présente une difficulté. La cour de Metz a jugé que deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à la servitude d'écoulement créée par la loi nouvelle. Il faut d'abord que les eaux aient servi à l'irrigation des terres qui ne les bordent pas. Cette première condition se rencontre le plus souvent en fait, parce que c'est d'ordinaire pour arroser un fonds non riverain que l'on dérivera les eaux. Cependant il se peut qu'un aqueduc soit nécessaire pour arroser un fonds qui est bordé par une eau courante, lorsque l'escarpement de la rive ne permet pas d'y pratiquer une prise d'eau. Dans ce cas, il y aurait certes lieu à la servitude d'écoulement en vertu de l'article 2; car le texte n'exige pas que le fonds soit non

(1) Rapport de Dalloz, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1845, 3, 120, note 12.

riverain, et l'esprit de la loi encore moins, puisque c'est une question de nécessité. La seconde condition, d'après l'arrêt de la cour de Metz, serait celle-ci : que le passage réclamé ait pour objet de rendre les eaux à leur cours primitif (1). Cette condition aussi n'est pas prescrite par le texte ni par l'esprit de la loi nouvelle. Si les eaux sont dérivées d'une rivière navigable, c'est au gouvernement qui accorde la concession à imposer au concessionnaire l'obligation de rendre les eaux à leur cours ordinaire, et le concessionnaire devra naturellement se conformer à cette condition. S'il s'agit d'eaux dérivées d'un cours d'eau non navigable, la loi veut qu'elles soient rendues à la rivière à laquelle elles ont été empruntées; c'est le droit des riverains inférieurs, mais ce droit n'est pas absolu ; il suppose un préjudice, et alors même qu'il y aurait préjudice, les tribunaux peuvent accorder la servitude d'aqueduc, en indemnisant les riverains intéressés, et dès qu'il y a servitude d'aqueduc, il y a nécessairement servitude d'écoulement. Telle est la seule condition que l'article 2 prescrive : ce sont les eaux qui ont servi à l'arrosement, moyennant un aqueduc, que les propriétaires inférieurs doivent recevoir.

La cour de Metz a donc dépassé la loi; les savants interprètes de Zachariæ disent que l'erreur de la cour est évidente (2). Cependant le pourvoi a été rejeté sur les conclusions conformes de l'avocat général Fabre. Dans l'espèce, le propriétaire voulait déverser les eaux, non dans leur lit primitif, mais dans un cours d'eau voisin. La cour de cassation décida que les tribunaux avaient un pouvoir discrétionnaire pour régler l'écoulement des eaux, que par suite leurs décisions échappaient à son contrôle. Le fond de la décision, oui. Quant à l'erreur de droit qui se trouve dans les motifs, la cour de cassation n'en tient aucun compte lorsque l'arrêt se justifie au fond (3).

393. La servitude d'écoulement est une conséquence nécessaire de la servitude d'aqueduc. En ce sens, il dé-

(1) Metz, 5 juin 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 18, note 17.
(3) Arrêt de rejet du 13 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 211).

pend des tribunaux d'en autoriser l'établissement, puisqu'ils ont un pouvoir discrétionnaire pour établir la servitude de conduite d'eau. Mais une fois la servitude d'aqueduc établie, celle d'écoulement existe de plein droit sans l'intervention du juge. Seulement, comme l'a décidé la cour de cassation dans l'arrêt que nous venons de citer, les juges peuvent régler l'exercice de la servitude, en déterminant le cours qu'il convient de donner aux eaux d'irrigation. Il y a sous ce rapport une différence entre la nouvelle servitude d'écoulement et celle de l'article 640. Celle-ci est l'œuvre de la nature, et c'est la nature qui indique le fonds sur lequel elle pèse. Tandis que les eaux d'irrigation ont un cours artificiel; elles peuvent donc être déversées indifféremment sur un fonds ou sur un autre. En cas de contestation, les tribunaux décideront en usant du pouvoir de conciliation que la loi leur accorde (art. 7 de la loi de 1848).

394. Les propriétaires inférieurs ont-ils droit à une indemnité? Aux termes de l'article 2, une indemnité pourra leur être due. Le plus souvent l'écoulement des eaux leur sera avantageux, puisqu'ils pourront s'en servir. C'est du moins ce qui a été dit dans le rapport de la commission française. En réalité, la loi leur impose une charge et ne leur donne aucun droit. Seulement, par la force des choses, l'infiltration des eaux sera profitable aux fonds riverains. Toujours est-il que cette considération a engagé le législateur à ne pas accorder une indemnité préalable. On ne peut pas savoir d'avance s'il y a un dommage et quelle sera la quotité des dommages-intérêts (1).

III. *Servitude d'appui* (2)

395. Tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux dont il a le droit de disposer peut, moyennant une juste et préalable indemnité, obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain

(1) Rapport de Dalloz, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1845, 3, 120, note 12. Discours du ministre de l'intérieur, lors de la discussion de la loi belge de 1848 (séance du 22 mars 1848).

(2) Loi française du 11 juillet 1847 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, 120), reproduite dans la loi belge du 27 avril 1848, art. 5 et 6.

opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau. (Loi de 1848, art. 5.) La servitude d'*appui*, dit le rapporteur de la loi française, est le complément nécessaire de la loi qui a établi le droit d'aqueduc pour favoriser l'irrigation et par suite l'agriculture. Cela ne veut pas dire que les riverains ne peuvent réclamer la servitude d'appui que comme accessoire de la servitude d'aqueduc. Ils peuvent invoquer le bénéfice de la loi nouvelle, alors même qu'ils se servent des eaux pour l'irrigation de leurs fonds riverains, sans demander le passage des eaux sur les fonds voisins. D'après le code civil, ils pouvaient faire sur la rive dont ils étaient propriétaires tels ouvrages qu'ils voulaient; mais ils n'avaient pas le droit de les appuyer sur la rive opposée qui ne leur appartenait pas. Or, le plus souvent les travaux ne sont efficaces que s'ils sont faits sur les deux rives. Le lit des rivières étant d'ordinaire inférieur à leurs bords, il est nécessaire d'élever artificiellement le niveau des eaux, ce qui nécessite des barrages, et par suite le droit de les appuyer sur la rive opposée. En ce sens, on peut dire que la servitude d'appui est la conséquence naturelle du droit d'irrigation (1).

396. Quelles sont les conditions requises pour l'établissement de la servitude d'appui? Elle n'existe pas de plein droit; elle est cependant légale en ce sens qu'elle peut être réclamée en vertu de la loi, mais elle doit être demandée, de même que la servitude d'aqueduc. « Tout propriétaire *pourra obtenir* la faculté, » dit l'article 5. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit de la servitude d'aqueduc (n° 375). La servitude d'appui ne peut être demandée que par ceux qui ont le droit de se servir des eaux; ce qui suppose une rivière non navigable. Les riverains de ces cours d'eau ont le droit de s'en servir, dans les limites déterminées par l'article 644, et sous la réserve du pouvoir discrétionnaire des tribunaux consacré par l'article 645. Il résulte de là qu'en cas de contestation sur l'établissement de la servitude d'appui, les tribunaux ont également un pouvoir de conciliation; ils l'ont en vertu de

(1) Rapport de Dalloz sur la loi de 1847 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1847, 3, 120, note 1).

l'article 645, en ce qui concerne le droit d'irrigation; ils l'ont en vertu de la loi nouvelle, en ce qui concerne les ouvrages nécessaires pour l'exercice de ce droit (art. 7). Enfin l'administration doit autoriser les travaux (n° 295); si son intervention est nécessaire pour les prises d'eau, à plus forte raison l'est-elle pour les travaux d'art qui, se faisant sur les deux rives, intéressent nécessairement tous les riverains (1).

La loi dit que le propriétaire pourra obtenir la servitude d'appui pour l'irrigation de ses propriétés. Sous ce rapport encore, il y a identité entre la servitude d'appui et la servitude d'aqueduc. Elle ne pourra donc pas être demandée pour des usages industriels, ni pour un usage d'agrément (n° 382) ; et si elle est demandée pour l'irrigation, il faut qu'il y ait un intérêt sérieux qui justifie la restriction au droit de propriété que l'un des riverains veut imposer à son coriverain. Nous transcrivons le rapport fait par Dalloz à la Chambre des députés ; il fait connaître l'esprit dans lequel la loi doit être appliquée : « Le droit d'appui ne peut être justifié que par un intérêt réel et sensible d'irrigation ; la servitude légale n'est instituée que dans ce but, et les tribunaux sont armés du pouvoir discrétionnaire de repousser toute demande qui ne reposerait pas manifestement sur cet intérêt, ou ne pourrait le satisfaire qu'en causant un grand dommage aux propriétés du voisinage. Ainsi, par exemple, ils n'autoriseront pas le droit d'appui lorsqu'il n'aura pour objet que l'arrosement d'un gazon de pur agrément, ou d'une parcelle insignifiante de prairie. Ils ne l'autoriseront pas davantage lorsque, à raison d'une extrême infériorité du niveau des terres sur lesquelles il est réclamé, le barrage les exposerait à une inondation qui exigerait la construction, non pas seulement d'un mur de quelques mètres, mais d'une digue d'une grande étendue. Les tribunaux accorderont ou refuseront la servitude d'appui, suivant les circonstances qu'il leur appartient d'apprécier dans leur sagesse (2). »

(1) Rapport de Dalloz, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1847, 3, 120 note 1. Rapport de la section centrale sur la loi belge de 1845 (séance d 4 mars 1848).

(2) Rapport de Dalloz (*Recueil périodique*, 1847, 3, 121, note 5)

397. Qui peut réclamer la servitude d'appui? La loi répond à la question : « Tout *propriétaire* pourra obtenir la faculté d'appuyer, sur la propriété du *riverain opposé*, les ouvrages nécessaires à sa prise d'eau. » Par le mot *propriétaire*, la loi entend celui qui possède l'une des rives d'un cours d'eau et qui veut appuyer un barrage sur l'autre rive. De là suit que les riverains seuls peuvent réclamer la servitude d'appui. Lors de la discussion de la loi française, on avait proposé d'étendre le bénéfice de la servitude nouvelle à tous ceux qui auraient le droit de disposer des eaux, par conséquent aux concessionnaires. La proposition, vivement combattue dans l'intérêt de la propriété, fut renvoyée à la commission. Celle-ci la repoussa. Le rapporteur dit qu'il ne faut pas confondre la servitude d'aqueduc avec la servitude d'appui : la première peut profiter à des concessionnaires; la seconde n'est établie que dans l'intérêt des riverains. On ne trouve pas dans le rapport un motif juridique de cette différence; ce qui paraît avoir décidé la commission, c'est que la proposition n'avait guère d'intérêt pratique. En effet, le ministre des travaux publics déclara qu'il n'avait jamais fait une concession de prise d'eau sur une rivière navigable; à plus forte raison, dit le rapport, il n'en serait pas fait lorsqu'on rencontrerait les droits des riverains, c'est-à-dire lorsqu'il s'agirait de cours d'eau non navigables (1).

Dans la pensée de la commission, la servitude est donc restreinte aux riverains : elle le dit en termes formels. Toutefois la question est controversée en ce qui concerne les concessions faites par les riverains eux-mêmes. On ne s'en est pas préoccupé lors de la discussion; on pourrait donc dire que la restriction faite dans le rapport n'est relative qu'aux concessions qui émanent du gouvernement (2). Nous voudrions admettre cette interprétation, car la restriction est très-illogique. On permet à un non-riverain d'acquérir une prise d'eau, on lui permet de la conduire par un aqueduc dans un fonds non riverain, et on ne veut

(1) Voyez la discussion très-embrouillée et le texte du rapport dans Dalloz, 1847, 3, 120-123.

(2) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, t. III, p. 19, note 22.

pas qu'il fasse les ouvrages qui sont nécessaires pour qu'il profite de la prise d'eau! C'est lui donner d'une main une faculté et la retirer de l'autre. Mais l'interprétation extensive est-elle possible en présence du texte qui restreint la servitude aux riverains, et du rapport de la commission qui est plus restrictif encore? Nous ne le croyons pas.

398. Il a été jugé que le propriétaire qui a le droit de disposer des eaux d'une rivière et d'établir, en sa qualité de riverain, une prise d'eau sur l'une des rives, peut obtenir le bénéfice des servitudes d'aqueduc et d'appui sur la rive opposée, pour l'irrigation d'une propriété située sur cette rive (1). Il y a un motif de douter. Quant à la servitude d'aqueduc, elle peut être réclamée par celui qui n'est pas riverain, à plus forte raison par celui qui est propriétaire d'une rive et qui a le droit d'établir une prise d'eau sur l'autre rive. Il n'en est pas de même de la servitude d'appui; pour l'obtenir, il faut être riverain. Or, dans l'espèce, le propriétaire qui la demandait avait seulement le droit d'établir une prise d'eau, ce qui n'équivaut pas à la propriété de la rive. L'interprète peut-il aller jusque-là? A notre avis, non. Il y avait une autre raison de douter, c'est que la propriété était située sur la rive opposée à celle où le propriétaire avait la prise d'eau : ce qui est encore en opposition avec le texte de la loi. Pour ces motifs, nous croyons que l'on doit préférer l'interprétation restrictive.

399. L'on a soutenu que les servitudes d'aqueduc et d'appui ne pouvaient être accordées que pour l'irrigation d'un fonds, et non pour l'arrosement d'un jardin, parce que la loi suppose une conduite d'eau, ce qui implique des travaux, un canal, un aqueduc, et par conséquent l'irrigation à grandes eaux. Telle sera effectivement l'application la plus usuelle de la nouvelle loi. Mais elle n'a rien de restrictif en ce qui concerne la nature des propriétés qui doivent être irriguées et les modes d'irrigation. Seulement les tribunaux ne doivent pas perdre de vue que c'est dans

(1) Dijon, 26 février 1868 (Dalloz, 1869, 1, 501).

l'intérêt de la culture que la loi établit la servitude ; de sorte que s'il s'agissait d'un jardin d'agrément, il n'y aurait pas lieu d'établir des servitudes sur les fonds voisins. Dans l'espèce, les eaux servaient, en partie du moins, à une cascade et à renouveler les eaux des fossés d'un château; ce n'est certes pas là le but dans lequel la loi a permis de restreindre le droit de propriété; mais il y avait aussi un intérêt de culture. De plus, la servitude était conventionnelle dans son principe, ce qui autorisait le tribunal à admettre l'interprétation la plus large, car il aurait pu maintenir le barrage, même en faisant abstraction des lois nouvelles (1).

400. La servitude d'appui, de même que celle d'aqueduc, ne peut être obtenue que moyennant une juste et préalable indemnité. Cette servitude exige des ouvrages d'art, des barrages qui, en élevant le niveau des eaux, pourraient occasionner des inondations ; il y a donc un intérêt général en cause, et par suite on aurait dû, d'après les principes généraux, exiger l'intervention de l'administration. Le législateur belge s'est prononcé pour la compétence de l'autorité judiciaire. L'article 5 porte que les ouvrages d'art nécessaires à la prise d'eau devront être construits et entretenus de manière à ne nuire en rien aux héritages voisins. Et aux termes de l'article 7, les contestations auxquelles pourront donner lieu les ouvrages d'art à établir pour la prise d'eau, l'entretien de ces ouvrages, les changements à faire aux ouvrages déjà établis, sont portées devant les tribunaux. Il a été entendu, lors de la discussion, qu'il n'y aurait pas d'autorisation administrative, pas d'enquête *de commodo et incommodo*, mais que le propriétaire serait responsable du dommage qu'il causerait, et que les questions de dommages-intérêts seraient décidées par le juge (2).

401. La loi donne au propriétaire sur le fonds duquel la servitude d'appui est établie le droit de demander l'usage

(1) Arrêt de Dijon du 19 mars 1851, confirmé par un arrêt de rejet du 20 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 32).

(2) Séance du 22 mars 1848 (observations de M. de Theux).

commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien (art. 6). Nous avons dit plus haut que celui qui obtient la servitude d'aqueduc ne peut pas demander la copropriété d'un aqueduc déjà établi, et que les propriétaires des fonds traversés n'ont pas le droit de se servir des eaux (nos 387 et 390). Dans l'espèce, le riverain grevé de la servitude d'appui a le droit de se servir des eaux en sa qualité de riverain ; il pourrait donc demander la servitude d'appui sur la rive opposée ; ce qui nécessiterait deux barrages. Le législateur a pensé qu'il fallait appliquer au barrage le principe de la mitoyenneté du mur ; cela évite des frais inutiles. Aux termes de l'article 6, ce droit appartient *toujours* au riverain qui veut se servir du barrage ; il n'est donc pas tenu de le demander dans un certain délai. C'est une question d'intérêt ; celui qui n'est pas intéressé à réclamer la mitoyenneté du barrage aujourd'hui, peut y avoir intérêt demain.

Si le riverain demande la mitoyenneté du barrage, il ne peut plus réclamer d'indemnité pour l'établissement de la servitude. Comme l'indemnité est préalable, il l'aura touchée d'ordinaire quand il demandera la jouissance du barrage : en ce cas, dit la loi, il rendra l'indemnité qui lui a été payée. L'article 6 ajoute : « Lorsque l'usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou l'achèvement des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédant de dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour l'approprier à l'usage de son fonds. » Le riverain qui réclame la copropriété du barrage supporte en principe la moitié des frais ; on n'a pas égard au volume d'eau dont il se sert, de même qu'en cas de mitoyenneté d'un mur, les frais se partagent, quelle que soit la valeur des deux maisons. Le volume d'eau dont un riverain a besoin pouvant varier d'un jour à l'autre, il eût été difficile de le prendre pour base de l'indemnité ; cela aurait donné lieu à des contestations sans fin que le législateur a voulu prévenir. Mais si la mitoyenneté n'est demandée que plusieurs années après la construction du barrage, quand déjà il est dégradé par l'usage et le temps, les tribunaux tiendront compte de la

valeur qu'a le barrage au moment où la communauté en est réclamée (1).

402. Le barrage peut profiter aux autres riverains, qui auront plus de facilité pour se servir des eaux. Devront-ils de ce chef contribuer aux frais d'établissement ou d'entretien? La négative est certaine; ils ne demandent rien et n'acquièrent aucun droit; car le propriétaire du barrage peut le supprimer quand il voudra. C'est seulement lorsque les riverains réclament la copropriété du barrage, ou le droit de l'utiliser à titre de servitude, qu'ils seront tenus de payer une indemnité. Il en serait ainsi même du propriétaire sur le fonds duquel le barrage s'appuie. S'il ne demande pas la mitoyenneté du barrage, il ne doit pas contribuer aux frais. Cela ne fait aucun doute (2).

IV. *Dispositions générales.*

403. La loi admet des exceptions aux charges dont elle grève la propriété dans l'intérêt de l'irrigation. Il y a une exception qui est commune aux trois servitudes que nous venons d'énumérer. Les bâtiments ainsi que les cours et jardins attenant aux habitations sont exemptés des servitudes d'aqueduc, d'écoulement et d'appui. Il y a en ce cas un droit supérieur à tout intérêt. Nos vieilles coutumes disaient : « Pauvre homme en sa maison roi est. » L'inviolabilité du domicile est une garantie constitutionnelle; il ne faut pas que pour un intérêt d'irrigation on puisse pénétrer dans l'habitation des citoyens.

La même exception est établie pour les parcs et enclos attenant aux habitations, quand il s'agit de la servitude d'aqueduc ou d'écoulement des eaux; mais cette exception n'est pas reproduite pour la servitude d'appui (art. 4 et 6 de la loi de 1848). La raison de cette différence a été expliquée par le rapporteur de la loi française de 1847. D'une part, la servitude d'appui est moins onéreuse, elle ne pénètre pas dans l'intérieur des fonds habités; le domicile

(1) Voyez, sur tous ces points, le rapport de Dalloz, dans son *Recueil périodique*, 1847, 3, 124, notes 8-10.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 21, note 26, et les autorités qui y sont citées.

est donc respecté. D'autre part, les parcs et enclos ayant souvent une grande étendue, l'usage des eaux deviendrait impossible, si l'on ne permettait d'y appuyer un barrage. Les tribunaux d'ailleurs pourront, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, prescrire tels travaux qu'ils jugeront nécessaires pour concilier les droits de propriété avec l'intérêt de l'agriculture (1).

404. On demande si l'exception établie en faveur des jardins attenant aux maisons peut être opposée à celui qui réclame la mitoyenneté d'un barrage déjà construit et qui s'appuie sur la rive opposée où se trouve un jardin. La même question se présente pour les cours et bâtiments. Elle a été décidée négativement par la cour de cassation (2). Le texte suppose, en effet, qu'il s'agit d'un barrage à établir, et pour la construction duquel il faut pénétrer dans des lieux réservés à l'habitation. Quand le barrage est établi, le propriétaire du jardin, de la cour ou du bâtiment ne peut plus se plaindre, puisque c'est lui-même qui a construit le barrage dans un fonds habité. Il n'y a plus d'inconvénients que pour les réparations. Les tribunaux pourront prescrire des mesures qui concilieront les intérêts des parties intéressées.

N° 4. SERVITUDE D'ÉCOULEMENT EN CAS D'INONDATION ET DE DRAINAGE.

I. *Inondation*

405. La loi de 1848, qui établit la servitude d'aqueduc dans l'intérêt de l'irrigation, crée une servitude analogue, dans le but de procurer un écoulement aux eaux nuisibles; d'après l'article 3, « la même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée, aux mêmes conditions, au propriétaire d'un marais ou d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement. » L'expression de *fonds intermédiaires* n'est pas très-exacte : il ne s'agit pas de

(1) Rapport de Dalloz, dans son *Recueil périodique*, 1847, 3, 124, note 7.
(2) Arrêt de rejet du 20 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 32). Aubry et Rau, t. III, p. 22 et note 29.

conduire les eaux prises dans une rivière sur le fonds où elles seront utilisées, mais d'écouler les eaux en les faisant passer, par des fossés ou autres ouvrages, à travers les propriétés qui séparent le fonds submergé d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement : ce sont les termes de la loi française du 10 juin 1864 sur le drainage, laquelle établit une servitude de même nature. Bien qu'il ne s'agisse plus ici d'irrigation, il y a toujours un intérêt agricole, puisqu'on rend à la culture des terrains submergés. Il y a de plus un intérêt de salubrité, les eaux stagnantes engendrant nécessairement des maladies mortelles (1).

406. La seule condition requise par la loi, c'est qu'il y ait un marais ou un terrain submergé en tout ou en partie : question de fait. Mais l'application de la loi soulève une difficulté de droit très-grande. L'écoulement des eaux a pour but de dessécher un marais ou des terres submergées; or, il y a une loi spéciale qui régit le dessèchement des marais, celle du 3 septembre 1807. Cette loi prescrit l'intervention de l'autorité administrative appelée à approuver les plans, et si le gouvernement intervient, c'est qu'il y a des intérêts généraux à sauvegarder, avant tout la salubrité publique. Tandis que, d'après la loi de 1818, il suffit de demander aux tribunaux l'écoulement des eaux, moyennant des travaux dont les magistrats seuls seraient juges. De là la question de savoir si la loi nouvelle déroge à la loi de 1807. Il est certain que l'intention du législateur français dont la loi belge reproduit les dispositions n'a pas été d'abroger la loi sur le desséchement des marais; les deux lois coexistent donc. Mais l'une et l'autre étant relatives au desséchement des marais, la difficulté aussi subsiste : quand y aura-t-il lieu de recourir aux tribunaux en vertu de la loi de 1848, quand faudra-t-il s'adresser à l'administration en vertu de la loi de 1807? La question a été prévue lors de la discussion de la loi française. Le rapporteur signala l'inconvénient qu'il y avait à déroger à la loi sur le desséchement dans une

(1) Demolombe, t. XI, p. 259, n° 221. Aubry et Rau, t. III, p. 22 et note 2.

loi sur l'irrigation. Voici ce que répondirent les auteurs de l'amendement. La loi de 1807, dit l'un, restera applicable aux grands desséchements d'intérêt public, et la loi nouvelle s'appliquera aux desséchements partiels, accidentels, nécessités par les infiltrations qu'occasionnent les usines ou les sources qui manquent d'issue. Un autre déclara que la loi se bornait à la dessiccation purement locale d'infiltrations accidentelles. Cela est bien vague, et cela n'est pas même en harmonie avec le texte de la loi, car il y est parlé de *marais*, et le marais n'est pas chose accidentelle.

La question s'est présentée dans une espèce où les tribunaux se sont déclarés incompétents, et la cour de cassation a maintenu leur décision (1). Le propriétaire avait d'abord, et avant la publication de la loi de 1847, présenté à l'administration un projet de desséchement, puis il invoqua le bénéfice de la loi nouvelle. C'était demander aux tribunaux ce que le gouvernement n'avait pas accordé ou, comme le dit la cour de cassation, c'était un moyen détourné d'opérer le desséchement. L'arrêt insiste sur les circonstances de la cause : la propriété du demandeur n'était pas un terrain submergé, mais un vaste étang traversé par la rivière de la Somme : le desséchement intéressait des eaux qui desservaient plusieurs usines. A tous ces titres, il rentrait dans la loi de 1807. Toujours est-il que la difficulté subsiste; elle témoigne du danger qu'il y a de déroger accidentellement à tout un système de législation.

407. La servitude d'écoulement implique que le propriétaire du fonds submergé ne peut écouler les eaux qu'en les déversant sur les fonds inférieurs. Si, moyennant des travaux d'art, il peut remédier au mal dont il se plaint, il est certain qu'il n'a pas le droit d'imposer aux autres propriétés une charge qui n'a pas de raison d'être, ni dans un intérêt agricole, ni dans un intérêt de salubrité. Il y a un arrêt en ce sens (2). Il a encore été jugé que la servitude

(1) Arrêt de rejet du 26 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 129. On trouve en note la discussion à laquelle la question donna lieu au sein de la Chambre des députés).

(2) Colmar, 13 mars 1850 (Dalloz, 1855, 2, 227).

d'écoulement pour cause d'inondation ne peut être réclamée, lorsque la submersion d'un héritage est le résultat d'un fait purement volontaire de la part du maître du fonds submergé (1). Dans l'espèce, le propriétaire qui demandait un passage pour les eaux, les avait lui-même amenées sur son héritage pour l'irriguer, mais il ne parvenait pas à les rendre à leur cours naturel, ni par son terrain, ni par les terrains contigus. La cour de Metz décida qu'il n'y avait pas lieu aux servitudes créées par la loi de 1845. En effet, la servitude de l'article 3 n'a rien de commun avec l'irrigation. C'est une servitude de desséchement; donc elle ne peut être réclamée pour des eaux d'irrigation; au besoin d'irrigation il est pourvu par les articles 1 et 2. En dehors de ces dispositions, il n'est pas permis aux tribunaux de créer une nouvelle servitude d'écoulement.

408. La servitude d'écoulement est soumise *aux mêmes conditions*, dit l'article 3 de la loi de 1848. On a demandé, lors de la discussion de la loi dans la Chambre des représentants, quelles sont ces conditions. Le rapporteur répondit que c'étaient celles de l'article 1er, c'est-à-dire de la servitude d'aqueduc. Un autre membre (M. de Theux) dit que l'article 3 se rapportait tout ensemble à l'article 1er et à l'article 2 (2). Nous croyons qu'il faut s'en tenir à la déclaration du rapporteur. Les termes de l'article 3 reproduisent ceux de l'article 1er; c'est une servitude de *passage* que la loi crée; la servitude étant identique, les principes doivent aussi être les mêmes. Voici l'intérêt de la question. La servitude d'aqueduc existe en vertu de la loi, mais non de plein droit; tandis que la servitude de l'article 2 existe de plein droit. Est-ce que la servitude de l'article 3 est facultative? L'affirmative est certaine, puisque la loi dit : « La même faculté de passage *pourra être accordée.* » Dans le cas de l'article 1er, l'indemnité est préalable; elle ne l'est pas dans le cas de l'article 2. Est-elle préalable ou non dans le cas de l'article 3? Il faut décider qu'elle est préalable, car la servitude établie par cette disposition

(1) Arrêt de rejet du 13 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 211).
(2) Séance du 22 mars 1848 (*Pasinomie*, 1848, p. 253, note 3).

est une servitude de passage sur les fonds intermédiaires, de même que la servitude de l'article 1er. Le législateur a supposé qu'il ne s'agissait pas d'une simple charge d'écoulement imposée aux fonds inférieurs, comme dans l'article 2, qu'il fallait des travaux d'art, donc un aqueduc, et partant qu'il y aurait un préjudice certain; de là l'obligation d'une indemnité préalable.

II. *Servitude de passage pour le drainage.*

409. Cette servitude est établie par la loi belge du 10 juin 1851, qui est ainsi conçue : « La faculté de passage mentionnée à l'article 3 de la loi du 27 avril 1848 pourra être accordée, aux conditions prévues dans l'article 1er, au propriétaire d'un terrain humide devant être desséché au moyen de rigoles souterraines ou à ciel ouvert. Les articles 4 et 7 de la loi du 27 avril 1848 sont applicables à la servitude dont il s'agit dans la présente loi (1). »

On lit dans une *Instruction sur le drainage* : « Le mot anglais *drainage* correspond exactement au mot français *desséchement*, et le mot *drain* signifie fosse d'égouttement ou saignée. Ces deux termes *drainage* et *drain*, en passant dans la langue française, n'ont point conservé leur signification primitive. Nous les employons pour indiquer une méthode particulière de desséchement du sol (2). » L'exposé des motifs de la loi française explique, comme suit, en quoi consiste ce desséchement : « On pratique deux sortes de conduits souterrains que, dans le langage technique, on appelle *drains*, au fond desquels sont placés des matériaux de diverse nature (la pierre, le caillou, le bois, la tuile même, qui sont remplacés communément aujourd'hui par des tuyaux en terre cuite, de forme cylindrique). Les uns reçoivent l'égouttement du sol, ce sont les *drains d'asséchement*; les autres reçoivent les eaux qui en proviennent, ce sont les *drains collecteurs*. Lorsque la contrée est privée de cours d'eau et présente une surface unie dans

(1) En France, la servitude de drainage a été établie par la loi du 10 juin 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 97).
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 98, n° 17.

une si grande étendue que le prolongement du drain collecteur jusqu'à une voie quelconque d'écoulement entraînerait des dépenses hors de toute proportion avec la valeur totale du terrain drainé, on établit des canaux de décharge ou évacuateurs généraux, dans lesquels le collecteur amène les eaux qui lui ont été versées par les drains de desséchement. Telle est l'opération du drainage. »

Le drainage doit être favorisé, dans l'intérêt de l'agriculture, autant que l'irrigation. « S'il convient, dit le rapporteur de la loi française, de faciliter la circulation des eaux destinées à l'arrosage, il n'est pas d'un médiocre intérêt pour l'agriculture de donner un écoulement aux eaux qui imprègnent la terre d'un excès d'humidité; autant, dans le premier cas, elles sont un élément de fertilisation, autant elles peuvent être, dans le deuxième cas, une cause d'appauvrissement, soit qu'elles séjournent à la surface de la terre, dans un état de stagnation, soit que l'imperméabilité des couches inférieures les retienne captives au sein du sol (1). »

Les lois portées en France et en Belgique, en 1845, en 1847 et en 1848, avaient pour objet de favoriser l'irrigation. Comment se fait-il que ces mêmes lois ne se soient pas occupées du drainage? L'exposé des motifs de la loi française de 1854 fait à ce sujet un aveu qui est presque humiliant pour la nation autant que pour son gouvernement : « La loi de 1845 consacre un article au desséchement des terres; mais il ne s'applique qu'aux terres submergées, parce que, à cette époque, ni le gouvernement ni personne ne songeait à une méthode d'asséchement qui atteignait cependant dans la Grande-Bretagne un très-haut degré de perfectionnement. » Ce n'est qu'en 1854 que l'on s'aperçut que si l'eau en quantité convenable est un des éléments les plus actifs de la végétation, par contre son excès rend improductif le terrain qui la reçoit en trop grande abondance ou dans lequel elle séjourne trop longtemps. Ce n'est du moins qu'alors que l'on songea à

(1) Exposé des motifs de la loi française de 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 97, n° 2).

répandre en France un système d'asséchement que les Romains déjà avaient pratiqué. Une loi nouvelle était nécessaire. Le code civil établit, à la vérité, une servitude d'écoulement, mais cette charge ne concerne que les eaux qui découlent naturellement des fonds plus élevés sur les fonds inférieurs. Quant aux lois nouvelles portées en France et en Belgique, elles prévoient le cas de desséchement, mais seulement lorsque les terres sont submergées. Pouvait-on étendre ces dispositions à des terrains plus ou moins humides? La négative n'était guère douteuse, puisque les servitudes légales sont de stricte interprétation. Pour combler cette lacune, on a porté en Belgique la loi de 1851, et en France la loi de 1854.

410. D'après la loi belge, la servitude de drainage est facultative; elle porte que la faculté de passage *pourra être accordée*. La loi renvoie d'ailleurs, quant aux conditions, à la servitude d'aqueduc établie par l'article 1er de la loi de 1848; or, cette servitude n'existe que lorsqu'elle a été constituée, soit par l'accord des parties intéressées, soit, en cas de contestation, par les tribunaux, et les tribunaux peuvent refuser de l'établir dans le cas où les inconvénients résultant de la servitude dépasseraient les avantages que l'on peut attendre de l'opération. D'après la loi française, la servitude de drainage existe de plein droit, en ce sens que les juges doivent l'établir dès que le propriétaire la demande. Cela est peu logique, comme on en a fait la remarque (1); les mêmes motifs qui ont engagé le législateur à rendre facultative la servitude d'aqueduc existent en effet pour la servitude de drainage.

411. La servitude d'aqueduc ne peut être établie que pour l'irrigation, c'est-à-dire dans l'intérêt de l'agriculture; le texte est formel, et les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur. En est-il de même de la servitude de drainage? Le texte de la loi de 1851 n'est pas restrictif; il porte que la servitude peut être accordée au propriétaire d'un *terrain humide devant être desséché* au moyen de rigoles souterraines ou à ciel ouvert.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 23 et note 5.

Dès que le terrain est humide, il doit être desséché, peu importe que ce soit dans un intérêt agricole, industriel ou domestique. Ce qui lève tout doute, c'est que la loi de 1851 déclare applicable à la servitude de drainage l'article 7 de la loi de 1848; et aux termes de cet article, les contestations auxquelles pourra donner lieu l'établissement de la servitude sont portées devant les tribunaux qui ont en cette matière un pouvoir de conciliation, c'est-à-dire un pouvoir discrétionnaire; ils peuvent donc tenir compte de tous les intérêts. La loi française est conçue dans le même sens, et il a été jugé par la cour de cassation que la servitude de drainage peut être établie en faveur des terrains exploités pour l'extraction de produits minéraux. La loi reçoit donc son application à tous les fonds, quelle qu'en soit la nature (1). Il n'y a qu'une condition requise, c'est qu'il s'agisse de drainage, c'est-à-dire, comme le dit la loi belge, de terrains qui doivent être desséchés, moyennant des rigoles souterraines ou à ciel ouvert. Si donc le propriétaire d'un étang voulait le dessécher, moyennant l'opération du drainage, il pourrait invoquer le bénéfice de la loi nouvelle. Que si au contraire, comme cela s'est présenté en France, le propriétaire d'un étang veut maintenir le terrain à l'état d'étang, en établissant des ouvrages qui lui permettent d'élever ou d'abaisser à sa volonté le niveau des eaux, et de remplir ainsi tour à tour et de dessécher l'étang, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi de 1851; peut-il être question d'une servitude de drainage là où il n'y a pas de desséchement (2)?

412. On a comparé la servitude de passage, que la loi de 1851 établit pour le drainage, avec la servitude de passage que l'article 682 du code civil accorde au propriétaire d'un fonds enclavé. Il y a enclave pour les eaux en ce sens qu'elles ne trouvent pas d'issue; les travaux de drainage ont pour objet de procurer leur écoulement. Voici l'intérêt de cette comparaison, que l'on trouve dans un arrêt de la cour de cassation de France. Le passage, en

(1) Arrêt de cassation du 14 décembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 504).
(2) Comparez arrêt de cassation du 5 août 1868 (Dalloz, 1868, 1, 454), et la note de l'arrêtiste.

cas d'enclave, n'est accordé qu'à celui dont les fonds n'ont aucune issue sur la voie publique. Faut-il qu'il y ait une impossibilité absolue de passage pour qu'il y ait enclave? La jurisprudence laisse aux tribunaux une grande latitude d'appréciation. Il a été jugé qu'ils ont le même pouvoir en matière de drainage : c'est à eux à apprécier et à combiner les faits et les circonstances d'où résultent les difficultés et les obstacles équivalant à une impossibilité de faire écouler les eaux autrement qu'en les dirigeant sur le fonds voisin (1). Il ne peut guère y avoir de doute sur le pouvoir discrétionnaire du juge, puisque la loi belge charge expressément les magistrats de concilier les intérêts opposés du propriétaire qui veut drainer son terrain et des propriétaires inférieurs par les fonds desquels les eaux doivent passer.

413. Les propriétaires par les fonds desquels les eaux sont conduites ont droit à une indemnité juste et préalable. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit de la servitude d'aqueduc. L'indemnité étant préalable, il s'ensuit qu'elle doit être payée en entier avant la prise de possession des terrains sur lesquels les travaux seront exécutés. Un tribunal avait alloué comme indemnité du drainage une somme qui devait être touchée successivement, d'année en année, après l'achèvement des travaux. Cette décision était équitable, mais en opposition avec le texte formel de la loi française ; elle fut cassée (2). Il en serait de même d'après la loi belge.

414. Les exemptions accordées pour la servitude d'aqueduc, en faveur des bâtiments, des cours, parcs et enclos attenant aux habitations, sont étendues à la servitude de drainage par la loi de 1851, ainsi que par la loi française. On lit dans l'Exposé des motifs de la loi de 1854 : « La servitude s'arrête au seuil de l'habitation, et le dogme de l'inviolabilité du domicile qui protége le citoyen contre les importunités, le trouble, le danger même d'un accès contraire à sa volonté, s'applique également aux annexes et dépendances de l'habitation. »

(1) Arrêt de rejet du 1er juin 1863 (Dalloz, 1864, 1, 186).
(2) Arrêt de cassation du 14 décembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 504).

415. Il y a une lacune dans la loi belge; elle ne permet pas aux propriétaires par les fonds desquels les eaux passent de profiter des travaux de drainage. Cette lacune a été comblée par la loi française dont nous transcrivons la disposition : « Les propriétaires de fonds *voisins* ou *traversés* ont la faculté de se servir des travaux faits en vertu de l'article précédent, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds. Ils supportent dans ce cas : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires ; et 3° pour l'avenir, une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs. » Comme le dit l'Exposé des motifs, le législateur espère que l'exemple donné par un propriétaire encouragera ses voisins à tenter à leur tour le drainage; il faut favoriser cette heureuse contagion. Voilà pourquoi la loi permet non-seulement aux propriétaires grevés de la servitude, mais même aux voisins, de profiter des travaux de desséchement (1).

416. Les travaux de drainage intéressent le plus souvent un grand nombre de propriétaires. Il importerait d'unir leurs efforts; l'association diminuerait les frais et étendrait les bienfaits du drainage à toutes les propriétés, en brisant des résistances qui sont dues le plus souvent à l'inintelligence et à un égoïsme très-mal entendu. En France, on n'a pas osé aller jusque-là. Le législateur a préféré s'en rapporter à l'initiative des individus ; il a cependant encouragé les associations en leur permettant de se former en syndicats : c'est une espèce de personnification civile, par suite de laquelle les propriétaires associés peuvent exécuter les travaux d'ensemble par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique (2).

En Belgique, ces associations existent sous le nom de *wateringues*. La loi du 18 juin 1846 autorisa le gouvernement à faire un règlement d'administration publique pour

(1) Exposé des motifs de la loi française de 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 97, n° 9).
(2) Loi de 1854, art. 3 et 4, et Exposé des motifs (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 96 et 97, n°s 10 et 11.

l'institution et l'organisation d'administrations de wateringues, dans l'intérêt de l'assèchement, de l'irrigation et de l'amélioration des rives et des vallées de l'Escaut, de la Lys et de la Dendre. Ce règlement a été fait par arrêté royal du 9 décembre 1847, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Les propriétés situées dans les vallées de l'Escaut, de la Lys et de la Dendre, et intéressées à des travaux communs d'assèchement ou d'irrigation, seront constituées en associations de wateringues. » Le bénéfice de ces associations a été étendu par la loi du 27 avril 1848 à toutes les localités où des travaux communs de desséchement seraient nécessaires (art. 8).

416 *bis*. La loi belge sur la servitude de drainage maintient la compétence des tribunaux en cette matière ; tandis que la loi française soumet au juge de paix, en premier ressort, les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de la servitude, la fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux de drainage, les indemnités et les frais d'entretien. C'est une heureuse innovation. On a remarqué, en France, que la nécessité de recourir aux tribunaux de première instance, juridiction éloignée, lente et coûteuse, était un des obstacles qui avaient entravé l'application des lois portées pour favoriser l'irrigation ; la juridiction des juges de paix, plus rapprochée des justiciables, moins dispendieuse et plus rapide, favorisera le drainage. On devrait leur déférer la connaissance de toutes les contestations en matière d'irrigation et de desséchement (1).

SECTION II. — Du bornage (2).

§ Ier. *Principe et conditions.*

417. Aux termes de l'article 646, « tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés con-

(1) Rapport sur la loi française de 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 101, n° 37).

(2) Curasson, *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*. Paris, 1842. 1 vol. in-8°. — Millet, *Traité du bornage*, 3e édition. 1862, 1 vol. in-12.

tiguës. » Le bornage est l'acte par lequel les deux voisins indiquent les limites de leurs héritages. On se sert à cet effet de signes matériels appelés bornes : de là le mot bornage, lequel signifie aussi l'action que l'un des voisins a contre l'autre pour le contraindre à planter des bornes. Chacun des deux propriétaires a intérêt à ce que des marques extérieures et certaines séparent leurs fonds, afin d'empêcher les empiétements et les usurpations de l'un au préjudice de l'autre, ainsi que les contestations que le défaut de bornes fait naître. C'est le motif que donne Pothier, et il a été reproduit par le rapporteur du Tribunat (1).

Le code place le bornage parmi les servitudes dérivant de la situation des lieux; on sait qu'il entend par là certaines obligations qui naissent du voisinage. Au conseil d'Etat, Regnaud de Saint-Jean d'Angely critiqua la classification admise par les auteurs du code civil : le bornage n'est pas une servitude, dit-il, et cette matière serait mieux placée dans le code rural. Treilhard répondit que l'obligation de souffrir le bornage était une servitude. Sur cela, l'article fut adopté. L'orateur du gouvernement ajoute que c'est une dispute de mots; que le bornage, étant une obligation réciproque entre voisins, trouvait naturellement sa place au titre des *Servitudes* (2). Ce n'est pas une dispute de mots que de donner une idée exacte des rapports juridiques qui existent entre les hommes. Or, il est bien certain que l'obligation du bornage n'a rien de commun avec les servitudes, et ce n'est pas justifier la classification du code que de dire « que le bornage constitue un attribut réel de la propriété (3); » car par cela même que le bornage est un attribut de la propriété, ce n'est pas une servitude.

418. Pour qu'il y ait lieu au bornage, il faut que les propriétés soient contiguës; le code le dit (art. 646) et le bon sens suffit pour établir cette condition essentielle. Si donc deux fonds sont séparés par un terrain appartenant

(1) Pothier, *De la société*, n° 231. Albisson, Rapport, n° 9 (Locré, t. IV, p. 187).
(2) Séance du 4 brumaire an XII, n° 12 (Locré, t. IV, p. 167). Berlier, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. IV, p. 179).
(3) Demolombe, t. XI, p. 280, n° 142.

à un tiers, les deux propriétaires ne peuvent pas agir en bornage. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où le terrain intermédiaire était une propriété communale dont les limites n'étaient pas certaines. Peu importe ; toujours est-il que le défendeur devait être démis de l'action, parce que le demandeur n'avait pas le droit de l'intenter contre lui (1). Il en serait de même si les deux héritages étaient séparés par un cours d'eau, sans qu'il y ait à distinguer s'il est navigable ou non. Il est vrai que, dans notre opinion, les rivières non navigables sont la propriété des riverains, mais c'est une propriété toute spéciale, qui dans l'espèce tient lieu de bornes, le droit de chaque riverain ne s'étendant que jusqu'à la moitié du cours d'eau (2).

Une autre condition requise pour qu'il y ait lieu au bornage est que les héritages soient des fonds de terre : les bâtiments sont limités par eux-mêmes, les murs servant de bornes. Cela suppose que les deux bâtiments se touchent ; s'ils sont séparés par un terrain non bâti, l'action en bornage est recevable (3).

On exige une troisième condition, c'est que les terrains contigus soient des propriétés divisées. Si les deux fonds forment une propriété indivise, il ne peut pas être question de bornage. Il est inutile de citer des lois romaines pour établir un principe que le bon sens dicte. Il va encore sans dire que le bornage pourrait être demandé par les communistes contre un propriétaire voisin, quand même l'héritage contigu appartiendrait à l'un d'eux : il y a deux propriétés, donc il faut les délimiter (4).

419. Il a été jugé plusieurs fois qu'il n'y avait pas lieu au bornage lorsqu'il y a déjà des bornes qui séparent les deux héritages. Cela est de toute évidence. Ainsi il existe entre deux propriétés rurales une haie vive et ancienne, il est constant qu'elle est mitoyenne ; la mitoyenneté prouve

(1) Arrêt de rejet du 15 juin 1827 (Dalloz au mot *Bornage*, n° 15).

(2) Pardessus, t. Ier, p. 297, n° 118 et les autorités citées par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 16.

(3) Aubry et Rau, t. II, p. 222 et note 6, et les autorités qui y sont citées.

(4) Pardessus, t. Ier, p. 298, n° 118, et les autorités citées par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 17.

que la haie est la ligne séparative des deux fonds contigus : à quoi bon planter des bornes alors qu'il y en a une qui marque la limite des deux héritages (1)? Cependant cette règle, quelque évidente qu'elle paraisse, n'est pas sans difficulté dans l'application. Il n'y a de bornes que celles qui ont été plantées de commun accord par les propriétaires intéressés ou en vertu d'une sentence judiciaire (2). De là la question de savoir s'il suffit qu'il y ait, sur la limite de deux héritages, des marques quelconques qui semblent les délimiter, pour que l'action en bornage doive être repoussée. On lit dans plus d'un arrêt que si les bornes sont anciennes (3), il y a présomption qu'elles ont été posées avec le concours des deux voisins. Cela est certainement probable; mais toute probabilité est-elle une présomption? Nous retrouvons ici la confusion que nous avons signalée plus d'une fois dans la jurisprudence quand il s'agit de présomptions. On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que la présomption, dans l'espèce, est une de celles que l'on appelle présomptions de l'homme, lesquelles admettent la preuve contraire (4). Ouvrons le code. Il établit d'abord la règle élémentaire que c'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande, et l'on sait que le défendeur devient demandeur quand il oppose une exception à l'action qui est intentée contre lui (art. 1315). Le demandeur en bornage n'a rien à prouver, sinon que les deux héritages sont ruraux et contigus; son droit est écrit dans la loi. Qu'est-ce que le défendeur lui oppose? Qu'il y a des bornes. Suffit-il pour cela qu'il y ait certains signes matériels qui semblent délimiter les deux héritages? Ces marques ne prouvent rien par elles-mêmes, il faut qu'elles aient été plantées de commun accord par les parties intéressées. Donc il faut que le défendeur établisse cet accord. Vainement dirait-il que les bornes sont anciennes, et qu'il est

(1) Arrêt de rejet du 2 novembre 1808 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 18, 2°). Bruxelles, 9 juillet 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 141).

(2) Rennes, 11 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 19). Demolombe, t. XI, p. 299, n° 268.

(3) Aix, 17 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 20); Liége, 13 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 67).

(4) Bruxelles, 13 août 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 29).

probable qu'elles ont été placées par les deux voisins. C'est là une simple présomption de l'homme, c'est-à-dire une de ces probabilités de fait que la loi abandonne à la prudence du juge; mais peut-il toujours décider les contestations par des présomptions pareilles? L'article 1353 répond à notre question : les présomptions de l'homme ne sont admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, donc dans les litiges dont la valeur pécuniaire ne dépasse pas cent cinquante francs; ce qui les exclura presque toujours en matière de bornage. Laissons donc là les présomptions de l'homme; et quant à des présomptions légales, il n'y en a pas dans l'espèce. Notre conclusion est que si le défendeur ne parvient pas à prouver que les marques qu'il allègue ont été plantées en vertu d'une convention ou d'un jugement, il faut décider que légalement il n'y a pas de bornes, et partant l'action en bornage sera recevable.

420. Les faits exercent une grande influence en cette matière. Il a été jugé par la cour de cassation que l'action en bornage est toujours recevable, à moins qu'il n'existe des bornes ayant un caractère usité (1). Est-ce à dire qu'il y ait des marques légales? Non, car la loi est muette sur ce point; et les parties peuvent, sans doute aucun, choisir tels signes qu'elles veulent, quand même ils ne seraient pas usités; l'essentiel est que l'accord des parties soit constaté. C'est quand il y a doute et contestation sur ce point que les juges doivent tenir compte des usages locaux. La cour de Gand a jugé que dans la Flandre occidentale, et notamment dans les quartiers situés au nord de la ville de Bruges, le fossé mitoyen est le moyen général et presque exclusif de borner deux propriétés contiguës; se fondant sur cet usage, ainsi que sur les faits et circonstances de la cause, d'où résultait que le fossé litigieux était un fossé mitoyen, la cour décida qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir l'action en bornage, puisqu'il ne peut pas s'agir de bornage là où il y a des bornes (2). Nous constatons la jurispru-

(1) Arrêt de cassation du 30 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Bornage*, nº 19).

(2) Gand, 2 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 73).

dence sans l'approuver en tout. Alors même qu'il se trouve, à la limite de deux héritages, des bornes usitées, cela ne prouve pas encore que ces marques aient été posées contradictoirement, et tout dépend de là. Il est, sans doute, très-probable que des marques qui servent régulièrement de délimitation auront été plantées de commun accord ; mais les probabilités, quelque fortes qu'elles soient, ne sont pas des preuves; elles ne deviennent des preuves que lorsque le législateur en déduit une présomption. C'est ce que la loi aurait dû faire, mais comme elle ne l'a pas fait, on reste sous l'empire des principes généraux qui régissent les preuves.

421. Quand même l'existence des bornes n'est pas contestée, l'action en bornage sera néanmoins recevable, si l'une des parties prétend qu'il y a eu des empiétements (1); celui qui a été privé d'une partie de sa propriété par une usurpation doit avoir le droit de la réclamer. Seulement, en ce cas, l'action en bornage implique une revendication. Nous reviendrons sur ce point. Un sentier sépare deux héritages; les deux voisins placent des bornes à chaque extrémité. L'un des propriétaires poursuit son voisin devant le juge de paix, à l'effet de contribuer à l'entretien du sentier. Puis il découvre une ancienne borne dans l'héritage contigu, au delà du sentier, et il intente une action en bornage. Etait-elle recevable? La cour de Bruxelles l'admit (2). A vrai dire, l'action n'avait pas pour objet direct le bornage, elle tendait à prouver qu'antérieurement au dernier bornage, l'un des voisins avait commis des empiétements sur l'autre; le demandeur devait donc prouver d'abord l'usurpation; son action admise, il en résultait la nécessité d'un nouveau bornage. Ce n'est pas une différence de mots : comme nous le dirons plus loin, l'action en bornage et l'action en revendication diffèrent grandement.

(1) Arrêt de rejet du 14 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 18, 1°).
(2) Bruxelles, 3 mars 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 23).

§ II. *Qui peut intenter l'action en bornage ?*

422. Tout propriétaire, dit l'article 646. La cour de Rennes a jugé, et avec raison, que pendant l'indivision l'héritier peut, de même que tout copropriétaire par indivis, intenter l'action en bornage. En effet, il est propriétaire de l'héritage qui doit être borné, et il a intérêt à ce qu'il le soit, puisque la contenance des fonds doit être connue avec exactitude quand on fera le partage. Dans l'espèce, l'héritier demandeur avait encore un intérêt plus pressant, c'est que la prescription était sur le point de s'accomplir au préjudice de l'hérédité. Néanmoins les autres héritiers refusèrent de se joindre au demandeur. Cela n'empêche pas qu'il ne fût en droit d'agir, en vertu de son droit de copropriété, qui s'étendait sur tous les objets héréditaires (1).

423. Le demandeur doit-il prouver qu'il est propriétaire ? Il y a quelque doute. Ne peut-on pas dire que, l'action n'appartenant qu'au propriétaire, la preuve de la propriété est une condition prescrite pour que l'action puisse être intentée? On pourrait ajouter que le défendeur a intérêt à ce que le vrai propriétaire soit en cause, parce qu'il ne pourrait opposer le jugement qu'il obtiendrait au propriétaire qui n'aurait pas été partie au procès. C'est l'opinion de Pardessus, et, à notre avis, c'est la bonne (2). Cependant la doctrine contraire est généralement suivie, et elle est consacrée par la jurisprudence (3). On invoque l'autorité de Pothier, lequel enseigne effectivement que le possesseur d'un héritage, qui s'en porte pour le propriétaire, qu'il le soit ou qu'il ne le soit pas, est partie capable pour intenter cette action : il n'a pas besoin de justifier de sa propriété, sa possession le fait présumer propriétaire (4). Nous avons dit bien des fois qu'il faut se défier des pré-

(1) Rennes, 11 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 19).
(2) Pardessus, t. II, p. 299, n° 331. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 223 et note 10, et les autorités qui y sont citées.
(3) Montpellier, 14 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 374).
(4) Pothier, *De la société*, n° 232.

somptions que la loi ignore. La possession est un fait, elle n'a d'autres effets que ceux que le législateur y attache. Si, en matière de bornage, la loi avait entendu mettre le possesseur sur la même ligne que le propriétaire, elle l'aurait dit, et elle l'aurait dû dire afin que le jugement rendu avec le possesseur fût opposable au propriétaire. Dans le silence du code, nous n'admettons pas cette prétendue présomption. Celui qui agit doit prouver qu'il a qualité d'agir; donc celui qui demande le bornage, en se disant propriétaire, doit prouver qu'il est propriétaire.

424. L'article 646 dit que tout *propriétaire* peut agir en bornage. On demande si le propriétaire seul a ce droit. On admet généralement que la même faculté appartient à ceux qui ont un droit réel dans la chose, droit à raison duquel ils ont intérêt à demander le bornage. En effet, c'est parce que le propriétaire a un droit réel qu'il peut agir en bornage; donc le même droit doit être accordé à l'usufruitier, à l'usager, à l'emphytéote. Nous avons déjà dit que l'usufruitier et le nu propriétaire ont l'un et l'autre le droit d'intenter l'action; par suite le défendeur a le droit de mettre en cause les deux parties intéressées, afin de n'avoir pas un nouveau procès à soutenir (1). Quant à l'antichrésiste, la décision dépend du point de savoir s'il a un droit réel; nous l'examinerons au titre du *Nantissement*. Le fermier n'ayant aucun droit dans l'héritage, il est évident, dit Pothier, qu'il n'a pas capacité pour intenter l'action en bornage; s'il est troublé dans sa jouissance par des contestations sur les bornes des terres qu'il tient à ferme, il doit agir contre le bailleur pour que celui-ci mette fin à ce trouble, en faisant borner les fonds affermés. Ces principes sont encore ceux de notre droit moderne, comme nous le dirons au titre du *Bail*, bien que l'on ait prétendu que le droit du fermier est devenu réel (2).

425. Contre qui la demande doit-elle ou peut-elle être

(1) Voyez, plus haut, p. 49, n° 37, et t. VI, p. 464, n° 367. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. II, p. 223 et note 11). Dalloz, n° 23, 1°-3°).

(2) Pothier, *De la société*, n° 232. Demolombe, t. XI, p. 293, n° 258. Aubry et Rau, t. II, p. 223 et note 12.

formée? D'après l'article 646, la demande doit être formée contre le propriétaire contigu. Il faut que le défendeur soit propriétaire, car il joue le même rôle que le demandeur, l'un des héritages ne pouvant être borné sans que l'autre le soit. Si donc l'action était donnée contre le fermier, le défendeur devrait déclarer son titre, et le bailleur devrait être mis en cause. Il faut de plus que le défendeur soit propriétaire contigu, puisque la contiguïté est la condition essentielle du bornage.

On demande si les voisins non contigus peuvent être appelés en cause, soit par le demandeur, soit par le défendeur, soit par le juge de paix. La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour l'affirmative. Il y a cependant quelque doute, au moins quant à la manière de procéder. La cour de cassation a admis la validité de l'action donnée contre tous les voisins intéressés, contigus ou non, par la raison que le tribunal avait reconnu que leur présence était nécessaire pour le bornage régulier des propriétés limitrophes (1). Que les voisins doivent être appelés en cause quand leur présence est nécessaire, cela ne fait aucun doute. Mais par qui? Le texte du code ne permet la demande que contre le propriétaire contigu; c'est donc au défendeur à mettre en cause son voisin, et ainsi de suite(2). Demolombe, tout en avouant que ce mode de procéder est le plus régulier, ajoute que la loi ne l'impose pas nécessairement. Comment serait-il le plus régulier si la loi ne l'établit pas? Quant au tribunal, il a été jugé que la loi, attribuant au juge de paix la connaissance des actions en bornage, n'a pu lui refuser les moyens nécessaires pour bien remplir cette mission; or, le cas peut se présenter où, pour borner exactement deux propriétés contiguës, il est nécessaire d'étendre l'opération aux propriétés voisines et d'y comprendre le tenement dont elles dépendent. C'est ce que le juge de paix avait reconnu dans l'espèce, après s'être transporté sur les lieux. Toutefois la cour ne paraît

(1) Arrêt de rejet du 20 juin 1855 (Dalloz, 1856, 1, 312). Comparez Douai, 11 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 364, 1°).
(2) Curasson, *Du bornage*, n° 50. Comparez Demolombe, t. XI, p. 298, n° 267.

pas avoir une entière confiance dans cette argumentation, car elle prend soin d'ajouter que les voisins immédiats du seul propriétaire opposant avaient demandé le bornage de leurs terres contiguës avec les siennes, ce qui rentrait dans l'application textuelle de l'article 646 (1). Mieux vaut toujours s'en tenir strictement à la loi.

426. Quelle est la capacité requise pour intenter l'action ou pour y répondre? Il y a controverse sur ce point. Elle tient à ce que l'on confond sous le nom de demande en bornage deux actions bien différentes. Il y a action en bornage lorsque le demandeur conclut à ce que des bornes soient placées sur la ligne séparative de deux héritages contigus, cette ligne étant certaine et incontestée. Dans ce premier cas, il n'y a aucun doute; c'est un acte d'administration, pour mieux dire de conservation, que le tuteur aurait le droit de faire, ainsi que le mineur émancipé et le mari administrateur des biens de sa femme, car quoique l'action soit relative à un immeuble, elle n'a rien d'immobilier, elle ne tend pas à acquérir un immeuble, elle tend à le conserver. Mais dès que les limites sont incertaines ou contestées, les droits immobiliers des parties sont engagés dans le débat, chacune d'elles peut perdre une partie de l'héritage qu'elle possède, par suite de la délimitation; dès lors l'action devient immobilière, et par suite le tuteur ne peut l'intenter qu'avec l'autorisation du conseil de famille, le mineur émancipé avec l'assistance de son curateur, et le mari avec le concours de sa femme. Quant au mari, il faut ajouter que, sous la plupart des régimes, il est usufruitier des propres de la femme, et en cette qualité il peut former une demande en bornage, comme nous venons de le dire (2).

M. Demolombe propose une autre distinction fondée sur la compétence. Alors même que les limites sont incertaines, le juge de paix est compétent pour connaître du bornage, pourvu qu'il ne s'élève aucune contestation sur la propriété et sur les titres qui l'établissent; dans ce cas, les simples

(1) Arrêt de rejet du 9 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 31).
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 223. Comparez Zachariæ, traduction de Vergé, t. II, p. 167, note 2.

administrateurs peuvent former la demande en bornage. Que si la propriété est contestée, le juge de paix est incompétent, et par suite les administrateurs, comme tels, sont incapables (1). Cette distinction ne nous paraît pas juridique. Qu'est-ce que la compétence a de commun avec la capacité? et comment la capacité augmenterait-elle ou diminuerait-elle, selon que la compétence est étendue ou restreinte? C'est l'objet de l'action qui détermine la capacité ou l'incapacité de l'intenter. Or, quel est l'objet, quel est l'effet du bornage, lorsque les limites sont contestées? Il en résultera, dit M. Demolombe, il pourra du moins arriver que l'opération produise soit une augmentation, soit une diminution de contenance (2), donc une augmentation ou une diminution de jouissance immobilière. Et ce serait là un acte d'administration! M. Demolombe n'est pas très-convaincu de la vérité de son principe, car il l'abandonne, sans raison aucune, quand il s'agit de l'appliquer au mineur émancipé. Notre science demande plus de logique.

§ III. *De l'action en bornage.*

427. Des lois postérieures au code de procédure ont attribué la connaissance des actions en bornage au juge de paix, avec cette restriction que sa compétence cesse du moment où la propriété ou les titres qui l'établissent sont contestés. Il ne faut pas croire qu'il y ait contestation sur la propriété dès que les limites sont incertaines ou contestées. Il peut y avoir des actes de vente ou de partage concernant les fonds dont on demande le bornage; la propriété est certaine, mais les fonds n'étant pas bornés, des difficultés s'élèvent entre les voisins sur la ligne séparative de leurs héritages; ce débat est étranger à la propriété, il a seulement pour objet de la délimiter d'une manière exacte. Sans doute il pourra résulter de l'examen des titres

(1) Demolombe, t. XI, p. 293, nos 260 et 261. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 224, note 14.
(2) Demolombe, t. XI, p. 304, n° 273.

et de l'arpentage que l'un des voisins possède plus ou moins de terrain qu'il n'a droit d'en posséder ; mais le débat sur la contenance n'est pas, dans l'espèce, un droit sur la propriété, car la contenance est déterminée par les titres ; il ne s'agit que de la marquer d'une manière certaine pour empêcher les anticipations et les empiétements qui ont eu lieu et qui, en l'absence de bornes, sont inévitables. C'est parce que les questions de bornage se décident par l'inspection des lieux, ou par des opérations faites sur le terrain, que le législateur en a attribué la connaissance à un magistrat local (1).

428. L'action en bornage est-elle personnelle, réelle ou mixte? Pothier dit qu'elle est mixte, mais principalement personnelle, puisqu'elle naît de l'obligation personnelle que les voisins contractent l'un envers l'autre par le voisinage. Elle tient aussi quelque chose de l'action réelle, ajoute Pothier, en ce que par cette action le voisin réclame ce qui fait partie de son héritage et pourrait avoir été usurpé par son voisin (2). Cette doctrine paraît avoir été consacrée par le code civil : d'une part, il place les engagements qui se forment involontairement entre propriétaires voisins parmi les quasi-contrats, et l'action qui naît d'un quasi-contrat est personnelle (art. 1370) ; d'autre part, il considère le bornage comme une servitude dérivant de la situation des lieux, ce qui donne un caractère de réalité à l'action qui en résulte ; l'action serait donc tout ensemble personnelle et réelle, c'est-à-dire mixte. Nous avons déjà fait nos réserves sur la théorie des actions mixtes (3) ; il est impossible qu'un seul et même droit soit tout ensemble un droit de créance, naissant d'un quasi-contrat, et un droit réel, indépendant de tout lien d'obligation. A vrai dire, le bornage n'est ni un quasi-contrat, ni une servitude ; la faculté de demander le bornage est un attribut de la propriété ; or, toute action naissant de la propriété, indépendamment d'un lien d'obligation, est une action réelle. C'est

(1) Loi française du 25 mai 1838, art. 6, n° 2. Loi belge du 25 mars 1841, art. 9. Aubry et Rau, t. II, p. 228 et suiv.
(2) Pothier, *De la société,* n° 231.
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes,* p. 98, n°s 77 et suivants.

l'opinion qui prévaut dans la doctrine (1), bien qu'il y règne une grande incertitude, ce qui est inévitable, puisque les auteurs du code n'avaient eux-mêmes pas une notion précise de la nature du bornage. On voit que l'orateur du gouvernement avait tort de dire que c'était une dispute de mots. Nous n'entrons pas dans ce débat, puisqu'il est étranger à notre travail. Bornons-nous à constater que, de l'aveu de tout le monde, l'action en bornage doit être portée devant le juge de la situation des lieux.

429. L'action en bornage se prescrit-elle comme toutes les actions, ou est-elle imprescriptible? Il faut distinguer. L'action en bornage proprement dite est imprescriptible, c'est-à-dire que le bornage peut toujours être demandé, quel que soit le laps de temps pendant lequel deux fonds soient restés sans être bornés (2). La raison en est que le droit de demander le bornage est inhérent à la propriété, et ne peut jamais s'éteindre tant que la propriété subsiste. Comme c'est un de ces droits dont le propriétaire peut user ou ne pas user, à sa volonté, on les appelle droits de pure faculté, et il est de principe que ces droits ne se prescrivent pas : nous en avons déjà fait la remarque. Cela prouve que les auteurs du code ont eu tort de ranger le bornage parmi les servitudes dérivant de la situation des lieux ; si c'était une servitude, elle s'éteindrait par le non-usage pendant trente ans.

De ce que le bornage est imprescriptible, il faut se garder de conclure que l'un des voisins ne peut prescrire tout ou partie des fonds limitrophes. Il le pourrait quand même il y aurait des titres qui déterminent la contenance exacte de son héritage. La prescription est de droit commun ; et aucune loi ni aucun principe ne s'oppose à ce que l'un des voisins prescrive contre son voisin. Vainement invoquerait-on l'article 2240, aux termes duquel on ne peut pas prescrire contre son titre ; l'article explique lui-même le sens de cet adage en ajoutant que l'on ne peut pas se chan-

(1) Demante, t. II, p. 590, n° 500 *bis* III. Dalloz, au mot *Actions*, n° 131. Demolombe, t. XI, p. 281, n°s 243 et 244.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 225, note 18, et par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 13.

ger à soi-même la cause et le principe de sa possession, c'est-à-dire que l'on ne peut pas changer une possession précaire en une possession à titre de propriétaire. Mais rien n'empêche de prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit au delà de son titre.

L'application du principe soulève une difficulté de fait dont on a fait, à tort, une question de droit. Il faut que la possession qui sert de base à la prescription réunisse les caractères prescrits par la loi. Avant tout, la possession doit être certaine; il faut donc que le terrain que l'un des voisins prétend avoir prescrit soit délimité par des marques certaines. Une haie vive, un talus, un ravin sont-ils des signes suffisants? C'est une question de fait, et les faits ne s'établissent pas *a priori*, ils s'établissent par les circonstances de la cause (1). Puis la possession doit être publique et non équivoque. On a dit qu'elle ne pouvait pas avoir ce caractère lorsque le terrain litigieux n'a qu'une médiocre étendue, vu que, dans ce cas, la possession se fonde sur des anticipations successives qui le plus souvent sont imperceptibles. Ce n'est pas là, dit-on, une possession publique, exclusive, à titre de propriétaire; elle est, au contraire, clandestine, équivoque. Qu'en fait il en puisse être ainsi, cela n'est pas douteux; mais de là à décider, comme l'a fait la cour de Paris, que la preuve de la possession n'est pas même recevable, c'est préjuger, par des raisons de théorie, un point de fait : ce qui est inadmissible. Conçoit-on que l'on dise, avant d'avoir ouvert une enquête, que l'on n'entendra pas les témoins, parce que les témoins ne peuvent pas avoir connaissance des faits (2)?

430. On demande si la possession annale pourrait être opposée à l'action en bornage. Posée en ces termes, la question doit être décidée négativement sans doute aucun. La loi définit les effets de la possession annale. Quand c'est une possession à titre de propriétaire, elle donne au possesseur un droit aux fruits, et il a les actions possessoires;

(1) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 225 et note 19.

(2) Paris, 28 février 1821 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 323). En ce sens, Demolombe, t. XI, p. 287, n° 251. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 226 et note 20; Troplong, *De la prescription*, n°s 352 et 353.

cela n'a rien de commun avec le bornage. Il n'y a d'autre exception à opposer à la demande en bornage, sinon que des bornes ont été placées de commun accord par les propriétaires contigus, ou que le terrain que l'on veut borner est devenu la propriété du voisin par la prescription.

Un arrêt de la cour de Besançon semble avoir décidé le contraire. On le cite du moins comme ayant jugé qu'en cas de possession annale, il ne peut y avoir lieu qu'à une action en revendication, et non à une action en bornage (1). Cela n'est pas exact. L'arrêt commence par constater que les héritages contigus étaient séparés par une haie vive, qu'à l'une des extrémités de la haie il y avait une partie de mur sur la même ligne, et que dans la haie même il se trouvait trois bornes de distance en distance, toujours dans la même direction. Il y avait donc des limites, les deux terrains étaient clos, partant il ne pouvait plus s'agir de bornage. L'un des voisins prétendait néanmoins que l'autre possédait des parcelles de terre à lui appartenant. Que devait-il faire? Agir en bornage? Il y avait des bornes. Il ne restait que l'action en revendication. C'est ce que la cour a décidé, et avec raison, nous semble-t-il. L'arrêt ne nie pas que, par suite de la délimitation, l'état de possession ne puisse être changé; mais, dans l'espèce, il n'y avait plus lieu à délimitation. Seulement l'arrêt a tort d'insister sur la possession annale; annale ou non, la possession était hors de cause, dès qu'elle était insuffisante pour fonder une prescription.

§ IV. *But du bornage.*

431. Quand les limites sont certaines et non contestées, le bornage est une opération matérielle, qui se fait par la plantation de pierres-bornes ou autres signes de délimitation; les parties sont libres de les choisir, mais elles feront bien d'employer les marques usitées, afin de prévenir toute contestation sur l'existence même des marques. La prudence exige encore que procès-verbal soit

(1) Besançon, 10 mars 1828 (Dalloz, au mot *Bornage*, n° 21).

dressé de la plantation des bornes, l'existence seule de bornes ne formant pas preuve qu'elles ont été placées de commun accord : telle est du moins l'opinion que nous avons enseignée (n° 419) (1).

432. D'ordinaire les limites sont incertaines ; l'objet de l'action est, dans ce cas, de les rechercher et de les fixer par des bornes. Il se peut aussi que les limites soient contestées par l'un des voisins, ce qui les rend encore incertaines jusqu'à ce qu'elles soient établies par le juge. Comment le juge déterminera-t-il la ligne séparative des deux héritages? On invoque, dans ces débats, deux espèces de preuves, les titres et la possession ; laquelle mérite la préférence? S'il y a un titre commun aux deux parties, tel qu'un partage, il l'emportera certainement sur des faits de possession qui sont très-souvent le résultat d'un empiétement ou d'une usurpation. Mais si les titres produits par l'une des parties n'émanent pas de l'autre, la preuve n'est plus une preuve littérale, c'est un simple renseignement qui n'a pas, en principe, plus de valeur que la possession. Le juge appréciera les faits et les écrits (2). Si les actes déterminent la contenance des deux fonds, il faudra procéder à un arpentage pour constater si le fait est d'accord avec cette indication. La conséquence de ces opérations pourra être que ce que l'un des voisins possède en moins soit possédé en plus par l'autre ; il y aura par conséquent lieu à une restitution de terrain.

433. Le résultat ordinaire de l'action en bornage étant une restitution de terrain, on pourrait croire que l'action en bornage implique toujours une revendication, à moins qu'elle n'ait uniquement pour objet la plantation de bornes, les parties étant d'accord sur les limites et sur la ligne où les bornes doivent être placées. Cependant la loi elle-même établit une différence entre le bornage et la revendication, puisqu'elle attribue la connaissance du bornage au juge de paix, tandis que les tribunaux civils sont seuls compétents lorsque la propriété est contestée. De là

(1) Voyez, sur la marche pratique à suivre dans cette hypothèse, Curasson, t. II, p. 435, et Dalloz, au mot *Bornage*, n° 31.
(2) Metz, 8 décembre 1857 (Dalloz, 1860, 2, 42).

naît la question de savoir comment on distinguera l'action en bornage de la revendication. Ce n'est pas seulement une question de compétence, laquelle est étrangère à l'objet de notre travail; les preuves aussi diffèrent. Dans la revendication, c'est au demandeur à prouver le droit qu'il réclame; le défendeur n'a rien à prouver, il obtient gain de cause par cela seul que le demandeur n'établit pas son droit. Nous avons dit ailleurs combien de difficultés cette question soulève (1). Dans les procès en bornage, chacune des parties est demanderesse, mais que doivent-elles prouver? Qu'elles sont propriétaires? Non; il est vrai que, dans notre opinion, l'action ne pouvant être intentée que par celui qui a, soit un droit de propriété, soit un droit réel dans la chose qui doit être bornée, le demandeur doit prouver l'existence de la qualité qui lui donne le droit d'agir. Mais autre chose est de prouver sa qualité de propriétaire, autre chose est de prouver l'étendue de la propriété; c'est cette preuve que le revendiquant doit faire. Le demandeur en bornage ne doit-il pas aussi la faire? C'est ici que les deux actions semblent se confondre : prouver l'*étendue* de la propriété, ou prouver les *limites* où elle s'arrête, n'est-ce pas une seule et même chose sous des noms différents?

Il y a un caractère essentiel qui les distingue. Qu'est-ce que revendiquer? C'est exercer le droit de propriété; le propriétaire met la main sur la chose qu'il prétend être la sienne. Or, la propriété suppose une chose déterminée, sur laquelle le maître a le pouvoir absolu de disposition. Donc la revendication a essentiellement pour objet une chose certaine, déterminée. Celui qui revendique un immeuble, un fonds de terre doit prouver quelle est la chose précise qu'il réclame comme sienne. En est-il de même dans l'action en bornage? Nous supposons que les limites soient incertaines ou contestées; ce n'est que dans ce cas qu'il peut y avoir doute. Les limites sont-elles incertaines, alors on ne peut certes pas dire que celui qui demande le bor-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 216 et suivantes, n°s 159 et suivants.

nage réclame comme sienne une portion déterminée d'un champ, puisque lui-même reconnaît qu'il ignore la ligne qui sépare sa propriété de celle de son voisin. S'il prétend que son voisin a dépassé cette limite, ce que celui-ci conteste, est-ce qu'il réclame, dans ce cas, une parcelle déterminée, qu'il soutient avoir été usurpée par son voisin? Si tel est l'objet de sa demande, il y a revendication sous le nom de bornage, le juge de paix sera incompétent; le débat devra donc être porté devant le tribunal civil et là le demandeur sera tenu de prouver, soit par titre, soit par prescription, qu'il est propriétaire des parcelles de terre qu'il prétend lui appartenir. Mais est-ce que tel est l'objet nécessaire de l'action en bornage? Non, le demandeur, d'ordinaire, conclut à ce que des bornes soient plantées sur la ligne séparative des héritages contigus; alors même qu'il indique cette ligne, il ne réclame pas comme lui appartenant une portion déterminée d'un champ : la délimitation n'est pas une revendication. Il peut résulter de la délimitation une restitution de terrain, mais c'est une partie indéterminée, inconnue encore, peut-être non existante; pour arriver à la délimitation, le demandeur n'a pas besoin d'opposer à son voisin des titres dans lesquels celui-ci a été partie, il lui suffit de se prévaloir de ses titres, ou des faits qui indiquent la limite. Quand les faits ou la comparaison des titres produits par les parties prouvent que le défendeur possède une contenance plus grande que celle à laquelle il a droit, il devra restituer l'excédant. Dans l'action en revendication, on ne procède pas ainsi. Alors même que le défendeur possède une contenance plus grande que celle que porte son titre, le demandeur n'obtient pas par cela seul gain de cause; il faut qu'il prouve que ce surplus de contenance, lequel forme l'objet déterminé de sa demande, lui appartient, et il ne peut invoquer, pour faire cette preuve, que des titres auxquels son adversaire est partie (1).

La preuve étant plus facile en matière de bornage, il

(1) Nous empruntons ces développements à un excellent rapport du conseiller Mesnard, sur l'arrêt de rejet du 2 avril 1850 (Dalloz, 1851, 1, 206).

peut arriver que le demandeur déguise une revendication sous le nom d'une demande en délimitation. Ce n'est certes pas le nom qu'il lui a plu de donner à l'action qui en déterminera la nature, et il ne peut pas se soustraire aux conditions de la revendication, en la qualifiant de bornage. Il faut donc que le juge examine à quoi tend l'action : a-t-elle pour objet direct ou indirect un corps certain, une partie déterminée de l'héritage contigu, il y a revendication. Il y aura bornage si la réclamation ne porte pas sur une partie déterminée du fonds voisin. Nous allons donner des applications empruntées à la jurisprudence.

434. L'une des parties soutient, sous forme de demande reconventionnelle, que dans son pré il y a un déficit de 9 ares 45 centiares, et que le pré de son voisin comprend nécessairement la portion qui lui manque. Après examen des titres de chacune des parties, il a été jugé que les limites de l'héritage du défendeur seraient reculées de l'étendue de terrain qui manquait au demandeur. Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt fut maintenu. Il y avait doute. La cour de cassation décida que la demande avait pour objet un abornement, et non la revendication d'une partie déterminée d'un héritage (1). Nous aurions décidé en sens contraire ; car sous le nom de déficit, le demandeur réclamait bien une partie déterminée de l'héritage voisin. Donc, d'après les principes établis dans cette cause même par le rapporteur, il y avait revendication.

Deux communes furent réunies, en formant des sections distinctes; la borne séparative du territoire des deux sections ayant été détruite, des difficultés s'élevèrent sur la ligne où elle devait être replacée. La demanderesse conclut à ce qu'il fût procédé par experts, et à l'aide de titres, de signes matériels et de tous autres documents, à la recherche et à la fixation des limites respectives des deux territoires qui avaient jadis formé deux communes distinctes. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute ; la section demanderesse ne réclamait pas une portion déterminée du

(1) Voyez l'arrêt précité du 2 avril 1850, rendu sur le rapport du conseiller Mesnard.

territoire de l'autre section; elle concluait à la recherche des limites qui séparaient les deux sections. La cour de Besançon jugea qu'il s'agissait d'une simple action en délimitation, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

Deux voisins possédaient en commun une cour; l'un d'eux y construisit un mur. Plainte de l'autre et demande en bornage de leurs propriétés contiguës. La cour de cassation décida qu'il s'agissait d'une demande en revendication. Elle se fonda sur l'action même, telle qu'elle avait été formulée. Le demandeur se disait propriétaire de la totalité du terrain litigieux, il se plaignait que son voisin eût fait élever sur la propriété de lui, demandeur, un mur qui le privait de la plus grande partie de sa cour. Un arrêt de cassation décida que la prétendue action en bornage était une revendication, puisqu'elle avait pour objet une chose déterminée, la cour (2).

§ V. *Effet du bornage.*

435. Aux termes de l'article 646, le bornage se fait à frais communs. Cela veut dire que chacune des parties supporte la moitié des frais, quelle que soit l'étendue et la valeur des deux fonds. Au premier abord, cette proportion paraît injuste; mais le législateur a considéré, et avec raison, que le bornage était également avantageux aux deux voisins, parce qu'il prévient les anticipations et les procès. La règle est-elle absolue? s'applique-t-elle à tous les frais que la demande en bornage peut occasionner? Il n'y a aucun doute quant aux frais que nécessite la plantation des bornes; ceux-là sont faits dans l'intérêt des deux voisins; il est donc juste qu'ils les supportent par moitié, comme le dit la loi du 28 septembre 1791. Quant aux frais d'ar-

(1) Arrêt du 29 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 411).

(2) Arrêt du 27 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 97). Il y a un arrêt dans le même sens, et du même jour, de la chambre des requêtes (Dalloz, *ibid.*, p. 102). Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 228, n° 167. Comparez arrêt de rejet du 20 avril 1868 (Dalloz, 1869, 1, 85).

pentage, la question est douteuse; on peut dire que le texte ne distingue pas; mais est-il bien exact qu'il comprend ces frais? En parlant des frais de bornage, le législateur n'a pensé qu'aux frais que tout bornage nécessite, et il n'y en a pas d'autres que les bornes mêmes. L'arpentage n'est pas toujours nécessaire; ce ne sont donc pas des frais de bornage, ce sont plutôt des frais du procès; or, tout le monde est d'accord pour mettre ces derniers à la charge de celui qui succombe; en effet, celui qui succombe a eu tort de contester la délimitation, c'est sa résistance reconnue injuste qui a rendu l'arpentage nécessaire, il doit supporter les conséquences de son fait. Par exception, le juge pourra partager les frais d'arpentage, si les deux parties l'ont demandé; mais dans ce cas, il tiendra compte de l'étendue et de la valeur des fonds dont on demande le bornage (1).

436. Quel est l'effet du bornage quant à la propriété? Nous venons de dire que l'action en bornage ne porte pas sur la propriété; il peut cependant avoir pour effet une restitution de terrain. Ce n'est pas à dire que le jugement qui ordonne cette restitution soit translatif de propriété. Le juge déclare quels sont les droits des parties; cela est vrai du jugement qui admet la revendication, et à plus forte raison de celui qui ne fait que délimiter les fonds (2). Il faut dire plus : le juge qui prescrit de planter des bornes sur la limite séparative de deux héritages ne juge pas une question de propriété, il n'a pas même le droit de la juger. De là suit que le bornage n'empêcherait pas la partie qui succombe d'intenter une action en revendication; le défendeur ne pourrait pas repousser la demande par l'exception de chose jugée; car la revendication constitue une demande nouvelle. Cela a été décidé ainsi par la cour de cassation dans une autre espèce. La demande de bornage avait été faite en appel; la cour jugea qu'elle ne pouvait

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 307, nº 276, et dans Aubry et Rau, t. II, p. 226 et notes 23 et 24. Comparez arrêt de Besançon du 31 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Bornage*, nº 67).

(2) Comparez Duranton, t. V, p. 241, nº 260; Demolombe, t. XI, p. 309, nº 278.

être faite en appel, dans une instance en revendication, parce que le bornage, essentiellement différent de la revendication, constituait une demande nouvelle (1). Le bornage n'a donc d'effet que quant à la délimitation.

437. L'abornement peut-il être attaqué? Si les parties intéressées consentent au bornage, il se forme un contrat entre elles; cette convention peut être annulée pour les causes qui, d'après le droit commun, permettent de demander la nullité d'un contrat. Il a été jugé que la convention par laquelle deux propriétaires s'engagent à délimiter leurs héritages d'après une ligne de démarcation qu'ils indiquent, peut être annulé pour erreur de fait. Dans l'espèce, on découvrit des bornes anciennes au moment où l'on procédait au bornage; l'existence de ces marques était inconnue aux parties lors de leur convention ; cette ignorance constituant une erreur essentielle, il y avait lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent les vices du consentement (2).

Si un jugement était intervenu, il faudrait appliquer les principes sur les recours qui sont admis contre les décisions judiciaires, l'opposition, l'appel et la cassation (3).

438. Si par quelque accident les bornes avaient été détruites, il est certain que les parties intéressées auraient le droit de demander leur rétablissement. Mais supposons qu'elles n'agissent pas et que cette inaction dure trente ans; pourront-elles encore invoquer leurs conventions après ce délai? Toute action étant limitée à trente ans, il faut décider que l'action qui naît au moment où les bornes disparaissent se prescrit par ce laps de temps. Il n'est pas question, dans l'espèce, de la faculté de demander le bornage; nous avons dit que cette faculté est imprescriptible : le propriétaire agit en vertu d'une convention; or, toute action naissant d'une convention se prescrit par trente ans. Il en serait ainsi dans le cas où les bornes auraient été déplacées ou enlevées par suite d'un délit. Le propriétaire intéressé aurait alors deux actions, celle qui naît du délit

(1) Arrêt de rejet du 23 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 292).
(2) Douai, 21 février 1848 (Dalloz, 1849, 2, 48).
(3) Aubry et Rau, t. II, p. 227 et note 27, et les auteurs qui y sont cités.

et celle qui naît de la convention; cette dernière se prescrirait toujours par trente ans; de sorte qu'après ce délai, on rentrerait dans le droit commun de l'article 646.

439. S'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la plantation des bornes, pourra-t-on demander un nouveau bornage? Non, certes, en supposant que les anciennes bornes subsistent; il ne peut pas s'agir d'un bornage nouveau, alors qu'il y a des bornes (1). Il ne faut pas conclure de là que l'existence de bornes empêche toute prescription fondée sur une possession contraire. La prescription efface même les titres; à plus forte raison peut-elle s'accomplir lorsqu'il n'y a que des signes séparatifs de deux héritages, signes qui indiquent une simple délimitation, et n'empêchent pas la revendication de tout ou partie des terres délimitées. Là où il y a lieu à revendication, il y a aussi lieu à prescription (2).

SECTION III. — De la clôture.

§ Ier. *Principe.*

440. « Tout propriétaire peut clore son héritage, » dit l'article 647. La faculté de se clore est une conséquence du droit de propriété, droit absolu et par cela même exclusif; or, le seul moyen d'exclure les tiers d'un fonds qui nous appartient, c'est de l'entourer d'une clôture. On se demande comment les auteurs du code ont pu placer parmi les servitudes un droit qui n'est que l'exercice de la propriété, et qui dit propriété écarte toute idée de servitude. Il n'y a pas même une obligation de voisinage, comme dans le cas de bornage, puisque celui qui se clôt ne demande rien à son voisin. Si le législateur a cru devoir consacrer un droit qui découle naturellement de la propriété, et s'il l'a fait au titre des *Servitudes*, c'est qu'avant 89, ce droit

(1) Demolombe (t. XI, p. 312, n° 281) et Pardessus (t. Ier, p. 313, n° 124) semblent dire le contraire. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 227 et note 30.

(2) Tout le monde est d'accord sur ce point. Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Bornage*, n° 54, et par Aubry et Rau, t. II, p. 228, note 31.

naturel, comme tant d'autres, était méconnu. D'après telle coutume, on ne pouvait enclore sa terre de haies ni de fossés sans la permission du seigneur; c'était une vraie servitude que la féodalité avait introduite pour assurer aux propriétaires dominants le plaisir de la chasse; les rois mêmes sacrifiaient la propriété des citoyens à leurs plaisirs, tandis qu'elle ne devrait céder que devant l'utilité publique (1). Ces priviléges odieux furent abolis dans la fameuse nuit du 4 août : la loi du 6 octobre 1791, connue sous le nom de Code rural, proclame « que le droit de clore et de déclore ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire » (tit. Ier, sect. IV, art. 1er). Il y avait de plus des servitudes communales, la vaine pâture et le parcours, qui entravaient le droit de se clore. L'Assemblée nationale abrogea toutes les lois et coutumes qui contrariaient ce droit : ce sont les expressions du code rural. Les auteurs du code civil ont reproduit ces principes; de sorte que l'on peut dire que, loin d'établir une servitude, l'article 647 maintient l'abolition des servitudes féodales et autres qui apportaient des restrictions au droit de propriété (2).

441. Après avoir déclaré que tout propriétaire peut clore son héritage, l'article 647 ajoute : « Sauf l'exception portée en l'article 682. » Cet article établit une servitude de passage au profit du propriétaire dont les fonds sont enclavés, sur les fonds de ses voisins. Ceux-ci devant souffrir le passage, ne peuvent naturellement pas clore l'héritage par lequel le propriétaire enclavé a le droit de passer. Ce que le code dit du passage, en cas d'enclave, est vrai de toute servitude de passage; l'article 647 ne fait qu'appliquer un principe général, d'après lequel le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui diminue l'usage de la servitude; bien moins encore peut-il en empêcher l'exercice (art. 701). La servitude de passage peut empêcher le propriétaire débiteur de la servitude de se clore, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative; cela dépend

(1) Voyez l'ordonnance de 1669, tit. XXX, art. 24; Toullier, t. II, p. 66, n° 159.
(2) Pardessus, t. Ier, p. 321, n° 131.

des stipulations des parties. Il a été jugé que le propriétaire du fonds servant ne peut pas y établir des barrières fermant au moyen d'une clef, qu'il remet au propriétaire du fonds dominant, parce que c'est rendre l'usage de la servitude plus incommode et en diminuer l'utilité : en effet, c'est obliger celui qui a le droit de passer à être toujours muni d'une clef sous peine de ne pouvoir passer, ce qui, dans l'espèce, modifiait la servitude, telle qu'elle avait été établie et pratiquée, et en rendait l'exercice plus difficile (1). Par contre, la cour de Bordeaux a décidé que ce n'était pas entraver la servitude que d'établir une barrière qui ouvrait et fermait facilement, sans être assujettie par aucune serrure, ni cadenas, ni autre fermeture de ce genre; que c'était donc le cas d'appliquer le principe qui permet au propriétaire du fonds servant de faire les ouvrages nécessaires pour rendre la servitude moins dommageable, s'ils n'empêchent pas le propriétaire du fonds dominant d'en user commodément suivant son titre (2). Nous reviendrons sur la question (3).

442. Il peut encore y avoir exception au droit de se clore en cas d'indivision. Le copropriétaire d'une chose indivise n'a plus le droit d'exclusion dont jouit le propriétaire unique et absolu; dès lors il ne peut pas invoquer l'article 647; son droit est réglé par les principes qui régissent la communauté. Or, si chaque communiste peut jouir de la chose commune d'après la destination de la chose, il est aussi de principe que la jouissance de l'un ne peut pas entraver le droit égal de l'autre. C'est au juge, en cas de contestation, à décider si le droit de l'un des communistes peut se concilier avec le droit des autres. Par application de ces principes, la cour de Metz a jugé que le copropriétaire d'une cour ne peut pas la clore, si les inconvénients qui en résultent pour les autres communistes dépassent les avantages que lui en retirerait (4).

(1) Arrêt de rejet du 28 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 308).
(2) Bordeaux, 4 mai 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 844). Comparez arrêt de rejet du 31 décembre 1839 (Dalloz, *ibid.*, n° 382).
(3) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, n° 273.
(4) Metz, 6 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 196).

§ II. *De la vaine pâture et du parcours.*

N° 1. DANS QUELS CAS CES SERVITUDES SONT MAINTENUES.

443. Aux termes de l'article 648, le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et à la vaine pâture. Le parcours et la vaine pâture sont des servitudes rurales maintenues par la loi du 6 octobre 1791. Elles concernent le droit de faire paître des bestiaux sur le terrain d'un autre; quand ce droit est exercé par un particulier sur un fonds appartenant à un autre propriétaire, il s'appelle droit de *pacage*, servitude discontinue qui ne peut être acquise que par titre. Dans l'ancien droit, cette servitude s'était établie par l'usage au profit des habitants d'une commune, qui jouissaient de la faculté de faire paître leurs bestiaux sur les héritages dépouillés de fruits : c'est ce qu'on appelait *vaine pâture*. Lorsque le droit était réciproque entre deux communes, il prenait le nom de *parcours*, ou d'*entre-cours*, ou de *marchage* (1).

On demande si le parcours et la vaine pâture sont de vraies servitudes. Dans l'ancien droit, on enseignait l'affirmative pour le vain pâturage; en effet, il est de même nature que le droit de pacage, qui est incontestablement une servitude; cependant on le qualifiait aussi parfois de *co-propriété* (2). La loi de 1791 donne le nom de servitude au parcours et à la vaine pâture, et le code civil consacre implicitement la même doctrine, puisqu'il maintient ces droits tels que le code rural les avait définis. On objecte qu'il n'y a pas de servitude sans un héritage dominant et un héritage servant; or, dans l'espèce, nul héritage, dit-on, n'est dominant ou servant, tous sont également chargés; il y a par conséquent communauté de pâturage plutôt que servitude. Cela n'est pas exact. Il est certain que le vain

(1) Pardessus, t. Ier, p. 322, n° 132. Demolombe, t. XI, p. 315, n° 286. Aubry et Rau, t. II, p. 176, note 18 et p. 177, note 22.

(2) Edit du mois de mai 1771, dans Merlin, *Questions de droit*, au mot *Vaine pâture*, § I (t. XVI, p. 325) et *Répertoire*, au même mot, § I (t. XXXV, p. 456).

pâturage apporte une restriction au droit de propriété, il y a donc des héritages assujettis; dans l'intérêt de qui? Au profit des héritages dont les propriétaires ont le droit de faire paître leurs bestiaux : voilà bien des héritages dominants. Partant il y a servitude. Qu'importe qu'elle soit réciproque? La réciprocité n'empêche pas qu'il n'y ait un droit en même temps qu'une charge (1). Quant à l'expression de *copropriété*, elle nous paraît tout à fait inexacte. La cour de cassation l'a cependant reproduite en disant que la vaine pâture et le parcours sont une société et communauté tacites de pâturage; mais l'arrêt ajoute qu'ils modifient le droit absolu de propriété (2). Cette restriction vient, non pas de ce que les habitants de la commune sont copropriétaires, ils ne le sont évidemment pas; elle implique au contraire une simple servitude. Ceci n'est pas une dispute de mots : nous avons dit ailleurs quelles sont les différences entre la servitude et la copropriété (3).

444. Déjà avant 89, l'utilité de ces servitudes était contestée; les laboureurs réclamaient la faculté de mettre leurs fonds à l'abri du vain pâturage par des clôtures; les rois cédèrent à ce vœu, au grand avantage de l'agriculture, comme le constate l'édit de mai 1771. C'était un premier pas vers l'abolition de ces antiques servitudes; si le législateur de 1791 les conserva, c'est qu'il n'aimait pas de heurter de vieilles habitudes ; mais il les modifia profondément, sauf à les abolir plus tard. On lit dans le titre I, section IV, article 2 : « La servitude réciproque de paroisse à paroisse, connue sous le nom de *parcours*, et qui entraîne avec elle le droit de *vaine pâture*, continuera *provisoirement* d'avoir lieu. » Mais la loi ajoute des restrictions; elle ne maintient que les servitudes fondées sur un titre ou sur une possession autorisée par les lois et les coutumes : à tous autres égards, porte l'article 2, elles sont abolies. Même les servitudes que le code rural a cru de-

(1) Comparez Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 30, et au mot *Servitude*, n° 934.
(2) Arrêt de cassation de la chambre criminelle du 16 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 30).
(3) Voyez, plus haut, nos 162 et suiv.

voir conserver sont abolies dans leur essence ; car il est permis à tout propriétaire de s'affranchir du vain pâturage, en entourant ses fonds d'une clôture. L'exercice de ce droit donne lieu à de sérieuses difficultés.

N° 2. DU DROIT DE SE CLORE.

445. L'article 4 de la section IV est ainsi conçu : « Le droit de parcours et le droit simple de vaine pâture ne pourront, *en aucun cas,* empêcher les propriétaires de clore leurs héritages. » Et les héritages clos ne sont plus assujettis au parcours et à la vaine pâture. Nous reviendrons sur ce dernier point. Il est hors de doute que les propriétaires peuvent s'affranchir de ces servitudes, lorsqu'elles sont fondées sur une possession autorisée par les lois et les coutumes. Mais l'article 4 s'applique-t-il aussi au cas où la servitude est établie par un titre? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. L'article 5 mis en rapport avec l'article 2 est tellement explicite que, s'il n'y avait pas d'autres dispositions, on s'étonnerait que la question ait donné lieu à de si longs débats. Quelles sont les servitudes de pâturage maintenues par le code rural? L'article 2 répond : « Celles qui sont fondées sur un titre et celles qui reposent sur une possession autorisée par les lois et coutumes ; toutes les autres sont abolies. » Et que dit l'article 5? *En aucun cas,* les droits de parcours et de vaine pâture ne pourront empêcher les propriétaires de se clore. Faut-il demander dans quels cas les propriétaires peuvent se clore, alors que la loi déclare formellement qu'ils le peuvent *dans tous les cas?* Ces cas sont énumérés dans l'article 2; l'un des cas est celui où la servitude est établie par *titre.* Donc le texte décide la question. Vainement objecte-t-on que cela est contraire à tout principe : les titres, dit-on, sont des conventions, et les contrats font la loi des parties contractantes, loi dont elles ne peuvent pas se dégager. Nous renvoyons l'objection au législateur ; quand il a parlé, l'interprète n'a qu'une chose à faire, c'est d'obéir à la loi, sauf à rechercher les motifs qui l'ont fait porter. Et il n'est pas difficile de justifier la loi de 91. Qu'est-ce que les *titres*

dont parle le code rural? Sont-ce de véritables *contrats* intervenus entre les habitants d'une ou de plusieurs communes, par lesquels ils grèvent leurs fonds d'une servitude? Nous doutons fort qu'il existe un contrat pareil. Ce n'est pas par voie de convention expresse que le parcours et la vaine pâture ont été établis; ils se sont introduits par l'usage, et les titres ne font que constater ce que l'usage a créé. Ajoutons qu'il s'agit de servitudes réciproques, fondées sur un intérêt commun; chaque habitant étant tout ensemble débiteur et créancier, ce qu'il gagne comme débiteur quand il se clôt, il le perd comme créancier; il n'y a donc pas d'atteinte portée à un contrat, il y a une meilleure entente des intérêts communs (1).

446. Ce qui a donné lieu à la controverse, c'est que l'on a confondu le cas prévu par l'article 5, dans lequel on peut s'affranchir des servitudes de vain pâturage, alors même qu'elles seraient établies par titre, avec des servitudes de pâturage dont on ne peut pas s'affranchir, alors qu'un titre les a constituées. Tel est d'abord le cas prévu par l'article 7, aux termes duquel « la clôture affranchit de même du droit de vaine pâture réciproque ou non réciproque *entre particuliers, si ce droit n'est pas fondé sur un titre.* » Voilà une exception au droit de clôture que le législateur de 1791 venait de proclamer en termes solennels. Mais l'exception est restreinte aux relations de deux ou plusieurs particuliers qui grèvent leurs fonds d'une servitude de pâturage. C'est à vrai dire une servitude de *pacage*, servitude essentiellement conventionnelle, établie le plus souvent à titre onéreux, moyennant un prix; la loi respecte ces conventions; mais comme elles sont intervenues dans des temps reculés où l'agriculture était dans l'enfance, le législateur permet de racheter ces droits onéreux. Le droit de rachat, que le code rural accorde malgré l'existence d'un titre, confirme l'interprétation que nous donnons à l'article 5. Si, dans le cas d'une servitude communale établie par titre, le législateur n'avait pas admis

(1) Demolombe, t. XI, p. 319, n° 288 et les autorités qu'il cite. Aubry et Rau, t. II, p. 176, note 19.

la clôture, il aurait certes admis le rachat; cependant il ne parle pas de rachat dans l'article 5 : c'est que cette disposition donne un droit plus étendu, celui de s'affranchir de la servitude par la clôture.

L'exception admise par l'article 7 recevrait encore son application si la servitude de pâturage était établie sur un héritage particulier au profit d'une commune. Ce n'est plus là la vaine pâture définie par le code rural, et dont il permet de s'affranchir dans tous les cas par la clôture. Nous ne sommes donc pas dans le cas de l'article 5. Il est vrai que l'article 7 suppose que la convention est intervenue entre *particuliers*; mais par ce mot la loi entend des *propriétaires*, donc aussi une commune stipulant au nom des habitants. Le motif de décider est que la servitude est réellement conventionnelle, et le législateur respecte les conventions, sauf le droit de rachat consacré par l'article 8 (1).

447. Il y a une seconde exception concernant les prairies. C'est ici le véritable terrain de la difficulté, et elle est grande, quoi qu'en dise M. Demolombe (2). Un de nos grands jurisconsultes, Merlin, s'y est trompé, de son propre aveu. L'article 10 commence par dire que « partout où les prairies naturelles sont sujettes au parcours ou à la vaine pâture, ils n'auront lieu provisoirement que dans le temps autorisé par les lois et coutumes, et jamais tant que la première herbe ne sera pas récoltée. » Puis l'article 11 ajoute : « Le droit dont jouit tout propriétaire de clore ses héritages a lieu, même par rapport aux prairies, dans les paroisses où, *sans titre de propriété et seulement par l'usage*, elles deviennent communes à tous les habitants, soit immédiatement après la récolte de la première herbe, soit dans tout autre temps déterminé. » Donc dans le cas de l'article 11, les propriétaires n'ont pas le droit de se clore quand les habitants ont un *titre de propriété*. Ce que la loi dit dans l'article 11, ne doit-on pas le dire de *tout droit de vaine pâture* fondé sur un *titre?* C'est-à-dire l'article 11

(1) Arrêt de cassation du 15 décembre 1808 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 67). Demante, t. II, p. 593, n° 502 *bis* I.

(2) Demolombe (t. XI, p. 321, n° 288) s'étonne que Merlin ait changé d'opinion à cause de l'article 11.

doit-il servir à interpréter les articles 2 et 5? On le prétend, à l'appui de la doctrine que nous venons de combattre (n° 445) et d'après laquelle le *titre* fait toujours obstacle au droit de se clore. Que résulte-t-il de cette interprétation? C'est que l'article 11 dérogerait réellement à l'article 5. L'article 5, combiné avec l'article 2, dit : Les propriétaires ont le droit de clore leurs héritages, alors même que la *vaine pâture* est fondée sur un *titre*. Et l'article 11 dirait : Les propriétaires n'ont pas le droit de se clore lorsque les habitants ont un titre. Cela est inadmissible. Merlin a raison : le législateur ne peut pas dire le pour et le contre dans une seule et même loi, oui dans l'article 5 et non dans l'article 11.

Mais si l'article 11 n'empêche pas les propriétaires de se clore, alors même que la *vaine pâture* est fondée sur un *titre*, quel est donc le cas dans lequel, d'après cette disposition, le titre fait obstacle à la clôture? Telle est la vraie difficulté. Merlin interprète la loi de 1791 par l'édit de 1771. Il est certain que le législateur de 1791 n'a fait qu'appliquer à la France entière l'édit de 1771, qui n'avait été porté que pour quelques provinces. Or, que dit l'édit? On lit dans le préambule que le but de l'édit a été de faire cesser les obstacles que les habitants du Hainaut et de la Flandre éprouvaient dans la liberté naturelle de jouir de leurs possessions, en abolissant tous les abus que le droit de vain pâturage y avait introduits, *sans porter atteinte néanmoins aux droits de propriété légitime des communautés*. Comment remédier aux abus résultant du vain pâturage, sans porter atteinte à des droits acquis et par conséquent à la propriété? L'édit distingue. Quand la *vaine pâture* constitue une *servitude*, il permet au propriétaire de s'en affranchir par la clôture, « interprétant à cet effet, dit l'article 2, toutes les lois, coutumes, usages et règlements au contraire, et *y dérogeant même en tant que de besoin*. » L'article 6 applique le droit de se clore aux prairies grevées de vain pâturage, puis vient l'article 7, ainsi conçu : « N'entendons cependant, par les dispositions de l'article précédent, nuire ni préjudicier aux droits qu'aucunes desdites communautés pourraient avoir *à la pro-*

priété desdites prairies, et *qu'elles seraient* en état de justifier par des *titres valables.* » Cet article 7 a été reproduit par l'article 11 que nous venons de transcrire ; il doit donc être entendu dans le même sens, c'est-à-dire du cas où les habitants invoquent, non pas la *servitude* de vaine pâture, ce cas-là est réglé par les articles 2 et 5, mais le cas où ils invoquent la *propriété* des prairies ; aussi le texte exige-t-il un *titre de propriété* pour empêcher l'exercice du droit de se clore. En définitive, l'article 11, de même que l'édit, suppose que les habitants ont un droit de *copropriété* sur la *seconde herbe des prairies* (1).

L'interprétation proposée par Merlin n'a pas été admise par la cour de cassation. Elle repose sur une distinction entre le droit de *servitude* et la *propriété*, distinction qui n'est pas écrite dans le texte de la loi, ni même dans l'édit de 1771 (2). En effet la *servitude* donne un droit aux herbes aussi bien que la *propriété;* la servitude n'est-elle pas un droit réel, un démembrement de la propriété, une propriété par conséquent? Et où serait la raison de cette distinction entre le pâturage fondé sur une *servitude* et le pâturage fondé sur une *copropriété?* Le législateur, qui déclare qu'il veut respecter les droits de propriété légitime, peut-il porter atteinte à une *servitude* acquise par un *titre légitime* plutôt qu'à une *propriété?* Si le législateur voulait maintenir les droits acquis en matière de vain pâturage, il devait maintenir les servitudes établies par titre, aussi bien que la propriété. L'interprétation de Merlin crée une antinomie insoluble entre l'article 11 et les articles 2 et 5.

448. Si tel n'est pas le sens de l'article 11, quelle est donc sa vraie signification? Pour la saisir, il faut comparer les termes de l'article 11 avec ceux de l'article 5. Cette dernière disposition n'est pas aussi générale ni aussi absolue qu'on le prétend. La loi ne dit pas que les propriétaires peuvent s'affranchir de tout vain pâturage en usant

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Vaine pâture,* § I. Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 187, n° 279. Merlin dit dans son *Répertoire* qu'il s'est trompé (au mot *Vaine pâture,* § I, art. 2, n° 2).

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 178, note 23.

du droit de se clore, elle dit que le droit *simple* de vaine pâture ne peut en aucun cas empêcher les propriétaires de clore leurs héritages. Voilà une restriction. L'article 5 ne s'applique qu'au *droit simple* de vaine pâture, ce qui implique qu'il y a un autre cas de vain pâturage, dans lequel le droit de se clore ne reçoit plus son application. Quel est ce cas? C'est celui qui est prévu par l'article 11. Cet article suppose que les prairies deviennent communes à tous les habitants, après la récolte de la première herbe. Ce n'est plus là un droit simple de vain pâturage; en effet la vaine pâture suppose des terrains où il n'y a ni semences ni fruits (1); il ne s'exerce que lorsque la récolte est faite; or, les prairies donnent deux récoltes, même dans nos climats; de là la distinction des deux herbes, la première que l'on appelle foin et la seconde à laquelle, dans le langage vulgaire, on donne le nom de regain. Donc, dans son application aux prairies, la *vaine pâture* suppose que la récolte des *deux herbes* est faite; alors il y a un *droit simple* de vaine pâture. Que si les habitants d'une commune ont le droit de pâturage dans les prairies après la première herbe, comme le dit l'article 11, alors leur droit est bien plus considérable, car ils ont droit à la seconde récolte, celle du regain, laquelle est parfois plus avantageuse que la première, lorsque la belle saison a été sèche, tandis que l'arrière-été et le commencement de l'automne sont pluvieux.

Maintenant on comprendra la différence que la loi met, pour le droit de se clore, entre le cas de l'article 11 et le cas de l'article 5. Lorsqu'il s'agit d'un droit simple de vaine pâture, le pâturage s'exerce après que toutes les récoltes sont faites, le propriétaire n'a presque aucun intérêt à s'y opposer, et c'est ce défaut d'intérêt qui a introduit l'usage de la vaine pâture; alors même qu'il y a un titre, il ne fait que constater l'usage et le défaut d'intérêt de s'y opposer. On conçoit donc que le législateur permette aux propriétaires de s'affranchir de ce vain pâturage en fermant leurs héritages par une clôture. Il n'enlève pas un droit acquis,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Vaine pâture* (t. XXXV, p. 455).

il ne viole pas la propriété, alors même qu'il y aurait un titre. En effet qu'est-ce que ce titre? Le propriétaire consent à ce que les habitants fassent paître leurs bestiaux sur des fonds dépouillés de leurs récoltes, sur des héritages ouverts : s'ils avaient été clos, il n'aurait jamais été question de vain pâturage. Consentir à la vaine pâture implique donc que les fonds ne sont pas clos et que le propriétaire n'a aucun intérêt à les clore. Du moment qu'il a intérêt à les clore, il doit avoir le droit de le faire, car il n'avait consenti à les livrer au vain pâturage que sous la condition tacite du défaut d'intérêt.

La position du propriétaire qui livre ses prairies au vain pâturage après la récolte de la première herbe est tout autre. Il a encore une récolte à faire ; il y renonce en faveur des habitants de la commune. C'est l'abdication d'un droit aux fruits, l'abdication d'un droit de propriété. Cette renonciation peut-elle se présumer? Non, car on n'est pas présumé renoncer à son droit. Si le propriétaire y renonce, ce sera à titre onéreux; il y a donc là une véritable convention, qui donne un droit aux habitants sur une partie des fruits. C'est ce que l'article 11 appelle un *titre de propriété*. Ce titre, le législateur le doit respecter; il le respecte. Mais si les habitants n'ont pas de titre, s'ils n'invoquent qu'un ancien usage, le législateur permet au propriétaire de s'en affranchir et de se clore; pourquoi? Parce que cet usage n'est que l'effet de la tolérance, et la tolérance ne donne aucun droit. C'est un acte de bienveillance, de générosité, qui se renouvelle ou ne se renouvelle pas, selon que le propriétaire le veut. Dès qu'il veut se clore, il en a le droit (1).

449. Il y a donc un vain pâturage qui admet le droit de se clore; et il y a une vaine pâture qui ne l'admet pas. Comment distinguer le *droit simple de vaine pâture* qui permet aux propriétaires de clore leurs héritages, alors

(1) Arrêt de rejet du 13 fructidor an IX (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 66). Il y a un grand nombre d'arrêts des cours de Belgique qui consacrent implicitement cette doctrine : Bruxelles, 18 décembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 304) et 1er avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 65); Liége, 23 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 60).

même qu'il serait fondé sur un titre, et la *vaine pâture* de l'article 11 qui, lorsqu'il est fondé sur un titre, exclut la clôture? Nous avons essayé d'établir un principe; mais l'application n'est pas sans difficulté. Si nous en croyions la jurisprudence des cours de Belgique, la question serait une question de fait, abandonnée, comme telle, à l'appréciation du juge. Qu'est-ce que la vaine pâture? La loi de 1791, dit-on, la maintient, mais ne la définit pas, et le code pas davantage. Voici ce que nous lisons dans le code rural (titre I, section IV, art. 3) : « Le droit de vaine pâture dans une paroisse, accompagné ou non de la servitude du parcours, ne pourra exister que dans les lieux où il est fondé sur un titre particulier, ou autorisé par la loi ou par un usage local immémorial, et à la charge que la vaine pâture n'y sera exercée que conformément aux règles et usages locaux qui ne contrarieront pas les réserves portées dans les articles suivants. » Quand il y a un titre, c'est le titre qui fera la loi des parties, et par conséquent aussi des tribunaux; le titre décidera s'il s'agit d'un droit sur les secondes herbes qui n'admet pas le droit de se clore, ou s'il s'agit d'un droit simple de vaine pâture qui permet aux propriétaires de clore leurs héritages. S'il n'y a pas de titre, comment distinguera-t-on ces deux espèces de vain pâturage? C'est une question de fait, dit-on, puisque aucune loi ne définit la vaine pâture; de là suit que les tribunaux jugent souverainement en cette matière, et leurs décisions échappent au contrôle de la cour de cassation(1). Nous ne croyons pas que la définition de la vaine pâture soit une question de fait. L'article 11, qui est le vrai siége de la difficulté, définit clairement le vain pâturage qui exclut le droit de se clore : c'est quand les prairies deviennent communes aux habitants après la récolte de la première herbe, en vertu d'un titre de propriété; tandis qu'il y a simple droit de vaine pâture, dans le sens de l'article 5, lorsque, conformément aux anciennes coutumes, le pâturage s'exerce sur les terres et les prairies

(1) Arrêt de Bruxelles du 9 décembre 1829, chambre de cassation (*Pasicrisie*, 1829, p. 318). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 1er mai 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 378)

dépouillées de leurs récoltes. Nous disons conformément aux coutumes. On ne peut pas dire que les coutumes sont abolies par le code Napoléon; car l'article 648, qui maintient les servitudes de parcours et de vaine pâture, maintient par cela même la loi de 1791 ; or, cette loi dit que la vaine pâture *continuera* à subsister (art. 2), donc telle qu'elle existait dans l'ancien droit; et l'article 3, en ajoutant qu'elle sera exercée *conformément aux règles et usages locaux,* conserve aux coutumes leur force obligatoire en cette matière. Il y a donc des coutumes, ayant force de loi, qui définissent la vaine pâture; on peut les voir dans le *Répertoire* de Merlin. Donc il y a une définition légale de la vaine pâture : nous l'avons donnée plus haut. Nous allons voir que la cour de cassation de Belgique n'est pas restée fidèle à sa doctrine; elle a cassé un arrêt qui décidait qu'il n'y avait pas vaine pâture dans le sens de l'article 5. C'est dire qu'il y a des questions de droit, et elles donnent lieu à bien des doutes.

450. Y a-t-il un droit simple de vaine pâture lorsque les habitants ont le droit de vendre la seconde herbe? Le tribunal de Louvain, jugeant en appel sur une action possessoire, décida qu'il y avait vaine pâture, partant une jouissance précaire, non susceptible de prescription, ni d'être maintenue par l'action possessoire. Sur le pourvoi, intervint l'arrêt que nous venons de combattre; la question étant de fait, dit la cour, échappe au contrôle de la cour suprême. Il nous semble que le tribunal a mal jugé aussi bien que la cour. Dans l'espèce, il s'agissait d'un droit de pâturage exercé sur un héritage particulier, et non sur tous les fonds de la commune, ce qui exclut déjà l'idée d'une vaine pâture, laquelle implique une jouissance réciproque de tous les habitants sur tous les héritages. Et quel était le caractère du droit litigieux? Il ne consistait pas seulement dans le pâturage, il donnait à la commune le droit de vendre la seconde herbe. Voilà plus qu'une servitude, c'est une propriété, puisque le propriétaire a seul le droit de vendre. On ne peut pas dire que la propriété est un acte de tolérance, une jouissance à titre précaire. Un propriétaire permet-il aux habitants de vendre la se-

conde herbe que lui aurait le droit de vendre? le permet-il à titre de tolérance? On est en dehors du texte comme de l'esprit de la loi (1).

Ce n'est pas à dire que le droit de pâturage cesse d'être une vaine pâture par cela seul que ceux qui l'exercent sont en possession de vendre les secondes herbes. Il faut, pour déterminer la nature d'un droit, examiner ce qu'il est dans son essence. Si les habitants d'une commune ont le droit de pâturage dans tous les prés d'une commune après la première herbe, ce droit est une vaine pâture, alors même que de fait la commune vendrait les secondes herbes au lieu de les laisser pâturer; la vente des herbes n'est dans ce cas qu'un mode d'exercer le droit; celui qui a le droit de consommer les herbes a par cela même le droit de les vendre, du moins si tel est l'usage, car c'est la possession qui détermine le mode d'exercer les servitudes. Dans cette supposition, le pâturage restera vaine pâture, et par suite les propriétaires auront le droit de se clore, à moins qu'ils n'aient un titre qui leur donne droit aux secondes herbes.

451. Il y a une autre question sur laquelle la jurisprudence est divisée. Le pâturage est exercé à une date fixe, le 24 juin à midi, dans des prés appartenant à un propriétaire, alors même que le foin ne serait pas fauché ni enlevé. De là la cour de Liége a conclu que ce pâturage n'était pas une vaine pâture, mais une pâture grasse et vive. D'où suivrait que nous ne sommes pas dans le cas de la servitude communale maintenue sous certaines restrictions par la loi de 1791, que la servitude est une servitude de pacage, et que par conséquent le propriétaire ne peut s'en affranchir par la clôture. Ce qui donne un grand poids à cette décision, c'est que le pâturage litigieux ne s'exerçait pas sur la généralité des prés de la commune, mais seulement sur certains prés, dits *prés de la Saint-Jean*. Cette circonstance est, à notre avis, déterminante, en ce

(1) Comparez le mémoire des demandeurs en cassation, signé par MM. D'Elhoungne père, D'Elhoungne fils et Dedryver (*Pasicrisie*, 1840, 1, 379). En sens contraire, Bruxelles, 14 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 325) et 25 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 60).

qui concerne le droit de se clore. Aux termes de l'article 648, le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. Cela suppose que la vaine pâture est une servitude générale et réciproque. Donc dès qu'elle est particulière et déterminée à certains fonds, il n'y a plus de vaine pâture. Par suite, on rentre dans le droit commun qui régit les servitudes. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si ce droit pouvait s'acquérir par la prescription ; comme les faits de possession remontaient à une époque antérieure au code civil, la cour de Liége décida que la commune avait acquis par la prescription immémoriale le droit de pâturage qui lui était contesté (1).

Un second arrêt de la cour de Liége, rendu dans le même sens, fut déféré à la cour de cassation et cassé. Il y a un motif de douter. L'édit de 1771 considère comme vaine pâture le pâturage exercé dans une partie seulement des prairies d'une commune, aussi bien que celui qui s'exerce sur la généralité des prairies ; il ne fait exception au droit de se clore que si la commune justifie par des titres valables qu'elle a droit à la propriété des prairies (art. 6) (2). La loi de 1791, il est vrai, ne reproduit pas cette disposition, mais l'article 11, qui maintient le droit sur les secondes herbes, est conçu en termes généraux, il ne distingue pas si le pâturage est général ou particulier. Ce qui semble décider la question. Néanmoins nous nous rangeons à l'avis de la cour de Liége. L'article 11 exclut le pâturage qui ne s'exerce que sur certaines prairies ; en effet, il suppose que « les prairies deviennent communes à tous les habitants. » Ce qui implique que toutes les prairies sont communes. L'article 10 est conçu dans le même sens. Quand un propriétaire a clos ses propriétés, son droit de pâturage est restreint proportionnellement : c'est la disposition de l'article 648 du code civil, et le texte comme l'esprit de ces

(1) Liége, 23 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 176) et 16 janvier 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 53). Comparez Liége, 2 avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 96) et 3 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 221).

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Vaine pâture*, § I (t. XVI, p. 325).

lois prouvent, ainsi que nous l'avons dit, que le droit de se clore ne peut être exercé que par celui qui, en fermant sa propriété, perd son droit de pâturage sur les autres propriétés ; tandis que, dans la doctrine consacrée par la cour de cassation, celui dont les prairies seraient grevées d'un droit de vain pâturage, sans titre, pourrait se clore sans rien perdre.

La cour de cassation a raison en un point. Ce qui paraît surtout avoir déterminé la cour de Liége, c'est que le pâturage pouvant s'exercer avant la récolte de la première herbe constituait une pâture grasse ou vive, c'est-à-dire une servitude de pacage. Cela n'est pas exact. En effet, quand le pâturage s'exerçait à jour et heure fixes, le 24 juin à midi, c'est que l'on supposait qu'à la Saint-Jean la récolte était faite, et le plus souvent elle l'est ; ce n'est donc qu'accidentellement que le pâturage avait lieu dans des prairies non fauchées ; or, ce n'est pas sur une circonstance accidentelle que l'on peut se fonder pour caractériser un droit (1). L'article 10 de la loi de 1791 nous semble décisif contre l'interprétation admise par la cour de Liége. « Partout, dit-il, où les prairies naturelles sont sujettes au parcours et à la vaine pâture, ils n'auront lieu provisoirement que dans le temps autorisé par les lois et coutumes, et *jamais tant que la première herbe ne sera pas récoltée.* » Le pâturage ne cessait donc pas d'être une vaine pâture, alors même qu'il s'exerçait avant la récolte de la première herbe ; seulement c'était là un de ces abus que l'édit de 1771 avait signalés, et que le législateur de 1791 voulut supprimer.

452. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *titre de propriété :* c'est l'expression dont le législateur se sert (art. 11). Sur ce point, la cour de Liége est également en dissentiment avec la cour de cassation. Le titre est-il un acte instrumentaire constatant l'établissement du droit de servitude? Ou les communes peuvent-elles aussi invoquer

(1) Arrêt de cassation du 26 décembre 1851, rendu sur les conclusions contraires de l'avocat général Delebecque (*Pasicrisie*, 1852, 1, 257), et sur renvoi, Gand, 22 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 15).

la prescription pour repousser le droit que les propriétaires réclament de se clore? La cour de cassation repousse la prescription tandis que la cour de Liége admet que la prescription forme un titre. Il est certain qu'en théorie la cour de Liége a raison. Le titre est tout fait juridique qui engendre un droit; donc la prescription est un titre. Mais la question est une difficulté de texte : est-ce que, en matière de vaine pâture, la loi de 1791 entend par *titre* tout fait juridique, et notamment la prescription? Le mot *titre* se trouve dans les articles 2 et 11. L'article 2 maintient les servitudes de parcours et de vaine pâture, « lorsqu'elles sont fondées sur un *titre* ou sur une *possession* autorisée par les lois et les coutumes. » Ici le mot *titre* se trouve opposé au mot *possession;* il est donc difficile d'admettre qu'il comprenne une possession quelconque. La *possession autorisée par les lois et les coutumes* se confond avec la prescription immémoriale; aujourd'hui, et d'après le code civil, il ne peut plus s'établir de vaine pâture par la prescription, puisque le pâturage est une servitude discontinue. Il faut donc une possession antérieure au code pour qu'il y ait vaine pâture. C'est bien là une prescription immémoriale. A vrai dire, l'origine de la vaine pâture se perd dans la nuit des temps, et c'est presque toujours sur la possession qu'elle se fonde. Donc dans l'article 2, le mot *titre* ne peut pas signifier la *possession,* ni par conséquent la prescription.

Vient ensuite l'article 11, aux termes duquel tout propriétaire a le droit de clore ses héritages dans les paroisses où, *sans titre de propriété et seulement par l'usage,* les propriétés deviennent communes à tous les habitants. Ici le mot *titre* est opposé au mot *usage.* Qu'est-ce que cet *usage?* Ce ne peut être que la *possession autorisée par les lois et les coutumes,* dont parle l'article 2, car en dehors de cette possession et des titres, la vaine pâture est abolie. Donc le mot *usage* est synonyme de *possession* ou de *prescription,* et partant la prescription ne peut pas être comprise dans l'expression *titre de propriété.* Ce qui nous conduit à la doctrine consacrée par la cour de cassation : les propriétaires peuvent donc s'affranchir de la vaine pâ-

ture, par la clôture de leurs héritages, lorsque les communes n'invoquent que la longue possession (1).

Au premier abord, la loi, telle que la cour de cassation l'interprète, paraît en opposition avec les principes généraux de droit. En effet, sur quoi la prescription est-elle basée? Elle suppose qu'il y a eu une convention dont la preuve ne peut être administrée; dans ce cas, elle implique l'existence d'un titre. Ou elle suppose le consentement de celui contre qui l'on prescrit, ce qui aboutit à une convention tacite; donc encore un titre; et ce titre est même plus significatif que ne le serait un acte, un écrit, car il suppose un consentement qui s'est perpétué pendant de longues années. Pourquoi donc le législateur de 91 ne tient-il compte que des titres et pourquoi permet-il aux propriétaires de s'affranchir de la vaine pâture, quand elle est établie par la possession, c'est-à-dire avec leur consentement tacite? C'est que, dans l'espèce, la possession n'a pas le caractère exclusif qui lui appartient d'habitude. Quand pour la première fois un propriétaire a permis le pâturage sur ses prairies dépouillées de leur récolte, il l'a fait par tolérance ou indifférence; les habitants n'ont donc entendu acquérir aucun droit. Si cet état de choses se prolonge et se perpétue, le législateur maintient, à la vérité, la vaine pâture fondée sur cette longue possession, mais il ne la met pas sur la même ligne que la servitude acquise par titre, parce qu'il suppose toujours un élément de tolérance et par suite de précarité dans la possession. Il y a encore une autre considération : l'article 11 se sert des termes *titre de propriété*. Qui dit propriété dit droit particulier et exclusif portant sur un objet déterminé; le plus souvent le titre ne concerne que certaines prairies, ce qui constitue une servitude de pacage. Tandis que la possession s'étend sur toutes les prairies d'une commune, ce qui est la véritable vaine pâture.

453. L'article 11 est une disposition exceptionnelle, en ce sens qu'il permet au propriétaire d'un fonds grevé de

(1) Liége, 20 février 1861 et arrêt de rejet du 25 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 7).

servitude de s'en affranchir, en l'entourant d'une clôture. Toute exception est de rigoureuse interprétation ; donc on ne peut étendre le droit de se clore à des servitudes de pâturage qui ne seraient pas comprises dans les termes de la loi de 91. Le principe n'est pas douteux (1) ; l'application a donné lieu à une difficulté qui s'est présentée en France et en Belgique, dans les mêmes circonstances, ce qui fait supposer qu'il s'agit d'un ancien usage qui s'est perpétué à travers les siècles. Dans tous les cas sur lesquels les tribunaux ont eu à statuer, les prairies étaient entièrement closes. Ce fait suffit déjà pour nous placer en dehors du code rural, car toutes les dispositions de la loi de 91 n'ont qu'un but, c'est de donner aux propriétaires le droit de se clore : ce qui implique des héritages non clos. Mais à un jour fixé, le 1er août par exemple, l'on faisait une trouée à la clôture, après la récolte des premières herbes, afin que les habitants pussent y introduire leurs bestiaux et jouir de la seconde herbe. Ce n'est pas là un droit de pâturage sur des terrains ouverts, donc ce n'est pas une vaine pâture. C'est une servitude de pacage. La seule difficulté est de savoir si elle pouvait s'établir par la possession. Il y avait des coutumes qui n'admettaient pas la prescription en matière de pacage. La cour de cassation de France a décidé que cette servitude de pâturage avait pu s'établir par prescription. En effet, même dans les coutumes où la servitude d'usage ne s'acquérait pas par titre, l'on reconnaissait qu'elle pouvait se prescrire du jour où il y avait eu contradiction. Or, la clôture des prairies témoignait que le propriétaire avait voulu s'affranchir du vain pâturage ; mais il avait rencontré une résistance devant laquelle il avait été obligé de reculer ; chaque année, les habitants forçaient la clôture ; cette lutte aboutit à une convention expresse ou tacite qui permit aux communes de faire paître leurs bestiaux dans les prairies closes à partir d'un jour fixé. Ici la possession implique donc un

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 178 et note 25, et les autorités qui y sont citées.

titre, ce qui ne permet plus au propriétaire d'invoquer le bénéfice de la loi de 91 (1).

Dans une autre espèce, la commune jouissait d'un droit de vaine pâture sur l'universalité de son ban; ce droit s'arrêtait au 1er avril. De plus, elle avait le droit de faire paître les bêtes aumailles et chevalines dans un canton spécial, au printemps jusqu'au 4 mai, en été du 24 juin au 6 juillet, en automne jusqu'à la levée des regains. Les propriétaires ne contestaient pas l'existence du droit de pâturage, mais ils soutenaient que c'était une servitude de vaine pâture qui ne pouvait s'exercer après le 1er mars. La cour de Colmar décida que ce droit n'était pas une vaine pâture, bien que les prairies ne fussent pas closes. Cette décision est conforme à l'opinion que nous avons enseignée; elle est douteuse au point de vue de la jurisprudence. La cour de cassation l'a confirmée (2).

Il est hors de doute que la loi de 1791 cesse d'être applicable lorsque la commune a la copropriété des fonds grevés d'un droit de pâturage à son profit; car cette loi ne concerne que les servitudes de vaine pâture, et la copropriété exclut toute idée de servitude. La difficulté est de savoir quand il y a servitude, quand il y a copropriété. Il a été jugé qu'il y avait copropriété lorsque les habitants jouissent des secondes herbes en les vendant ou en les affermant par adjudication publique. Nous avons dit plus haut que, dans notre opinion, ce fait seul ne suffit point, puisque ce n'est qu'un mode d'exercer la vaine pâture. Dans l'espèce, cette jouissance ne pouvait être considérée comme une vaine pâture, parce que celle-ci était interdite par un règlement du parlement de Toulouse. De plus, la commune était portée sur le rôle des contributions pour un tiers de l'impôt. Ces circonstances ont paru suffisantes à la cour de cassation pour établir l'existence d'un droit de copropriété (3).

(1) Arrêts de rejet du 7 mars 1826 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 1°) et du 27 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 436). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 25 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 7).

(2) Arrêt de rejet du 7 mai 1838 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 2°).

(3) Rejet du 21 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Droit rural*, n° 57, 3°). Comparez Liége, 19 décembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 324).

Nº 3. CONSÉQUENCE DE LA CLÔTURE.

454. Aux termes de l'article 648, « le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. » Ce principe est emprunté à la loi de 1791, dont les dispositions sont le commentaire du code civil. Chaque propriétaire peut envoyer à la pâture une quantité de bétail proportionnée à l'étendue du terrain qu'il possède dans la commune; elle est fixée à tant de bêtes par arpent, d'après les règlements et usages locaux, et à défaut de documents positifs à cet égard, il y est pourvu par le conseil de la commune (article 13). Quand un propriétaire clôt une partie de sa propriété, le nombre de têtes de bétail qu'il peut continuer à envoyer sur les terres particulières des habitants de la communauté est restreint proportionnellement, suivant la règle que nous venons d'établir (art. 16).

455. Reste à déterminer quand un héritage est clos. L'article 6 de la loi de 1791 répond à la question : « L'héritage sera réputé clos, lorsqu'il sera entouré d'un mur de quatre pieds de hauteur avec barrière ou porte, ou lorsqu'il sera exactement fermé et entouré de palissades ou de treillages, ou d'une haie vive, ou d'une haie sèche, faite avec des pieux ou cordelée avec des branches, ou de toute autre manière de faire les haies en usage dans la localité, ou enfin d'un fossé de quatre pieds de large au moins à l'ouverture et de deux pieds de profondeur. » Cette disposition n'est pas conçue dans des termes restrictifs; la clôture est donc une question de fait plutôt que de droit. Il s'est cependant élevé des difficultés dans l'application. Un propriétaire avait clos son terrain d'un côté par des piquets enfoncés dans le sol, à la distance d'un mètre les uns des autres, et reliés entre eux par des fils de fer et par des branches d'arbres, les intervalles étant remplis par des fascines et des broussailles, ce qui formait une espèce de haie morte. On objecta qu'elle n'était pas assez solide pour être à l'abri de la malveillance. Ces exigences dépassaient la loi ; elle

ne veut qu'une chose, c'est qu'il y ait une clôture qui interdise tout accès dans la propriété et qui par là manifeste l'intention du propriétaire de soustraire son héritage à la vaine pâture. Il y avait encore une difficulté. Les trois autres faces du terrain étaient garanties par une rivière et par un canal qui n'appartenaient pas au propriétaire; on en concluait que ce n'était pas une clôture, la clôture impliquant que le propriétaire lui-même l'établisse, à ses frais, et sur son fonds. C'était encore dépasser la loi : le texte ne dit pas qu'un héritage ne sera clos que s'il est entouré de toutes parts de murs, de haies ou de fossés pratiqués par le propriétaire, sur son terrain et à ses frais, et l'esprit de la loi n'est certes pas restrictif; la loi n'a qu'un but, c'est d'affranchir le sol d'une servitude qui entrave le cultivateur et nuit à l'agriculture; il suffit donc qu'un obstacle naturel ou artificiel interdise l'accès de la propriété, et que le seul côté accessible soit fermé par une clôture.

Enfin il y avait une dernière difficulté dans l'espèce. Plusieurs propriétaires s'étaient réunis pour défendre leurs terrains au moyen d'une clôture commune; on soutenait que chaque héritage devait être clos séparément. Il y avait ici une question de droit; la cour de cassation la décida en faveur des propriétaires. Elle part de ce principe que la faculté de s'affranchir de la vaine pâture par la clôture des héritages dérive de la liberté des fonds et de l'indépendance du droit de propriété; cette faculté ne doit dès lors subir d'autres restrictions que celles qui résultent d'une disposition formelle de la loi; or, aucune loi ne défend aux propriétaires de se réunir à l'effet d'établir une clôture commune. Le silence de la loi suffit donc pour décider la difficulté. Comme le dit très-bien la cour, l'intérêt de l'agriculture, le progrès des exploitations rurales recevraient la plus fâcheuse atteinte de la multiplicité des clôtures spéciales, si chaque fonds devait être clos. Ce que la loi veut, c'est qu'il y ait une clôture qui empêche d'introduire le bétail dans les héritages grevés de la vaine pâture (1).

(1) Lyon, 16 décembre 1863 et arrêt de rejet du 1er mars 1865 (Dalloz, 1865, 1, 421).

456. L'article 17 de la loi de 1791 applique ces principes à la servitude de parcours : « La commune dont le droit de parcours sur une paroisse voisine sera restreint par des clôtures ne pourra prétendre, à cet égard, à aucune espèce d'indemnité, même dans le cas où son droit serait fondé sur un titre ; mais cette communauté aura le droit de renoncer à la faculté réciproque qui résultait de celui des parcours entre elle et la paroisse voisine : ce qui aura également lieu si le droit de parcours s'exerçait sur la propriété d'un particulier. » Remarquons d'abord que cette disposition confirme l'interprétation que nous avons donnée à la vaine pâture, alors qu'elle est fondée sur un titre. Le titre, en cette matière, ne crée pas une vraie servitude, un démembrement de la propriété ; s'il y avait un droit réel, on ne pourrait pas s'en affranchir, on ne le pourrait du moins pas sans indemniser celui qui avait stipulé ce droit. C'est un antique usage fondé sur une tolérance réciproque. De là la faculté de s'en affranchir, ce qui implique que l'on renonce à la réciprocité.

L'application de l'article 17 a donné lieu à la question de savoir si l'une des communes peut dénoncer le droit réciproque de parcours, quand, dans l'autre, des héritages sont clos, non par le fait de la commune, mais par le fait des propriétaires intéressés. Il y a un léger doute ; on peut dire que la commune, c'est-à-dire la généralité des habitants, ne doit pas être responsable du fait de quelques propriétaires, qu'elle n'a même pas le droit d'empêcher. A vrai dire, ce n'est pas une question de faute ni de responsabilité. Se clore est un droit ; mais en exerçant ce droit, on déroge à la tolérance tacite qui avait introduit le parcours ; il est donc juste que l'autre commune ait le droit de s'en affranchir. Il en serait ainsi, alors même que la clôture aurait été pratiquée à l'égard des terrains usurpés par les propriétaires sur les communaux ; la loi de 1791 ne distingue pas comment et par qui s'est faite la clôture ; dès que des héritages sont clos, il y a rupture de la convention tacite qui avait établi le parcours. Le texte de l'article 17 paraît même prévoir le cas où la clôture se fait par des particuliers, sur leurs propriétés, indépendamment du

fait de la commune. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1).

Dans cette même affaire, il se présentait une autre difficulté. Le parcours ne cesse pas de plein droit, lorsque des propriétés y sont soustraites dans l'une des communes par la clôture. Il y a une espèce de condition résolutoire tacite : le contrat n'étant pas observé par l'une des communes, l'autre a le droit d'en demander la résolution. Ce n'est pas qu'il faille une action judiciaire comme dans la condition résolutoire proprement dite. L'article 17 dit que la commune lésée aura le droit de renoncer au parcours; il faut donc une manifestation de volonté, mais aussi cela suffit. Dans quel délai la renonciation devra-t-elle se faire? Tout droit se prescrit par trente ans; ce principe s'applique à la faculté de renoncer établie par l'article 17. On objecte qu'il s'agit d'un droit de pure faculté, et que ces droits ne se prescrivent pas. Cela n'est pas exact. Il y a une convention tacite que l'une des parties rompt, ce qui donne à l'autre le droit de la rompre entièrement; le droit naissant de l'inexécution d'une convention n'est pas un droit de pure faculté, c'est une action ordinaire; donc elle est soumise à la prescription (1).

(1) Arrêt de cassation du 3 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 193). Dans le même sens, Dijon, 21 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 193

(2) Besançon, 28 janvier 1848 (Dalloz, 1853, 1, 289).

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

SECTION I. — Division.

457. L'article 649 dit que « les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers. » Quel que soit l'objet d'une servitude légale, il est de principe qu'elle ne peut résulter que d'un texte formel. C'est une restriction au droit de propriété, et cette restriction est établie par une loi ; à ce double titre, les servitudes légales sont de stricte interprétation. Le code énumère quelques servitudes d'utilité publique ; c'est pour renvoyer aux lois particulières qui sont le siége de la matière. Il ne traite que des servitudes légales qui ont pour objet l'utilité des particuliers ; encore renvoie-t-il aux lois sur la police rurale celles de ces servitudes qui sont relatives aux fonds agricoles (art. 652). Telle est l'obligation imposée par le code rural de 91 aux propriétaires de ne vendanger et grappiller qu'après l'ouverture des bans (1).

458. Du principe qu'il faut une loi pour qu'il y ait une servitude légale, suit que les servitudes d'utilité privée établies par les anciennes coutumes, et non maintenues par le code rural et le code civil, sont abolies. Nous disons les servitudes d'*utilité privée*, et non pas les servitudes d'*utilité publique*. On sait que la loi du 30 ventôse an XII abroge les coutumes générales ou locales dans les matières qui font l'objet du code civil ; or, les servitudes légales d'intérêt privé sont traitées par le code, donc tout le droit antérieur est abrogé ; il n'y a d'exception que pour les servitudes rurales, pour lesquelles l'article 652 renvoie expressément

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. Ier, sect. V, art. 2, et tit. II, art. 21.

aux lois sur la police rurale. Il n'en est pas de même des servitudes légales d'*intérêt public;* le code ne s'en occupe pas, il n'y a donc pas lieu d'appliquer le principe spécial d'abrogation posé par la loi de ventôse. De là suit que les anciennes lois restent en vigueur, à moins qu'il n'y ait été dérogé par une loi postérieure (1).

Par application de ce principe, il a été jugé (2) que les servitudes coutumières ont été abrogées par le code civil, à partir de la publication du titre des *Servitudes,* alors même qu'elles auraient fait l'objet d'une instance pendante lors de cette publication; il n'y a pas de droit acquis contre l'utilité publique (3).

Dans l'ancien droit, les propriétaires de tourbières exerçaient une servitude sur les fonds de leurs voisins; ils y étendaient la tourbe, au moment de l'extraction, pour la faire sécher. Un jugement rendu par le tribunal d'Amiens avait maintenu ce droit. Il fut cassé dans l'intérêt de la loi. En effet, cette servitude abusive n'est conservée ni par le code Napoléon, ni par le code rural, donc elle est abrogée (4).

Nous dirons plus loin qu'il en est de même de la servitude du tour d'échelle qui existait dans nos anciennes coutumes.

SECTION II. — Des servitudes légales d'utilité publique (5).

§ Ier. *Énumération.*

No 1. DU MARCHEPIED.

459. L'ordonnance des eaux et forêts de 1669 porte (titre XXVIII, art. 7) (6) : « Les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables laisseront le long

(1) Voyez, sur la loi du 30 ventôse an XII, le tome Ier de mes *Principes,* p. 36, nos 25-27.
(2) Arrêt de rejet du 4 thermidor an XIII (Dalloz, au mot *Servitude,* no 31).
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes,* p. 226, no 153, et p. 231, nos 160 et 161.
(4) Arrêt de cassation du 21 avril 1813 (Dalloz, au mot *Mines,* no 719).
(5) Jousselin, *Traité des servitudes d'utilité publique,* 2 vol. in-8o, 1850.
(6) Cet article a été publié en Belgique en vertu du décret du 4 prairial an XIII.

des bords 24 pieds au moins de place en largeur pour chemin royal et trait de chevaux; sans qu'ils puissent planter arbres, ni tenir clôtures ou haies plus près que 30 pieds du côté que les bateaux se tirent, et 10 pieds de l'autre bord, à peine de 500 livres d'amende, confiscation des arbres, et d'être les contrevenants condamnés à réparer et remettre les chemins en état, à leurs frais. » Il résulte de ce texte que les deux bords des rivières navigables sont grevés d'une servitude dans l'intérêt de la navigation, et ce chemin est sur les deux rives de 24 pieds de largeur ; mais sur celle des deux rives qui sert au trait des chevaux, la défense de planter et de bâtir s'étend à 30 pieds, tandis qu'elle est restreinte à 10 pieds sur l'autre bord. De là la distinction que l'on établit entre le chemin de halage et le marchepied, le premier servant aux chevaux qui halent ou tirent les bateaux à la remonte, le second destiné spécialement aux piétons, mais facilitant aussi le sauvetage des trains et radeaux. Le code n'observe pas cette terminologie; dans l'article 556, il dit que les riverains des rivières navigables profitent de l'alluvion, à la charge de laisser le marchepied *ou* chemin de halage conformément aux règlements; et l'article 650 ne parle que du *marchepied*, que les propriétaires doivent laisser le long des rivières navigables ou flottables, en comprenant sous le nom de *marchepied* le chemin de halage et le marchepied proprement dit. C'est que dans l'article 650 il s'agit non-seulement des rivières navigables, mais aussi des rivières flottables ; et sur celles-ci il n'y a point de chemin de halage, il n'y a qu'un marchepied, parce que les trains de bois, ne remontant jamais le courant, n'ont pas besoin d'être halés. En France, cette différence entre les rivières navigables et les rivières flottables a été consacrée par la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale (art. 35) (1).

460. L'étendue de la servitude différant selon qu'il s'agit du chemin de halage ou du marchepied, il importe de savoir qui a le droit de déterminer la rive sur laquelle se fera le halage. Il est certain que ce droit appartient à

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 189, nos 281 et 282.

l'administration; mais s'il n'y a pas d'acte réglementaire, en faudra-t-il conclure qu'il n'y aura pas de servitude? Non, certes, bien que cela ait été soutenu et jugé. C'est la nécessité qui a introduit cette servitude, puisque sans la charge qui grève les fonds riverains, la navigation ne serait pas possible. Elle existait avant l'ordonnance de 1669 qui n'a fait que la réglementer, et elle existait en Belgique avant que cette ordonnance fût publiée dans nos provinces. Il y avait donc un marchepied ou chemin de halage; si l'administration n'a pris aucun règlement à cet égard, c'est que la servitude, telle qu'elle était pratiquée, lui a paru suffisante; elle l'a approuvée tacitement, et cette approbation suffit pour que les tribunaux appliquent les dispositions de l'ordonnance de 1669 (1).

Est-ce à dire que cet état de choses ne puisse pas être changé, si l'intérêt de la navigation l'exige? L'ordonnance de 1669 établit le droit; par le fait seul de sa publication en Belgique, les anciennes ordonnances qui réglaient cette matière ont été abrogées; de droit, les propriétés riveraines ont été grevées de la servitude telle qu'elle est définie par l'ordonnance, sauf à l'administration à la restreindre, si elle le juge convenable, mais ces restrictions consenties ou souffertes ne diminuent en rien le droit du gouvernement; il peut toujours exiger l'exécution stricte de l'ordonnance; il peut donc transférer le halage d'une rive sur l'autre. Et si les bateliers le font avec l'assentiment exprès ou tacite de l'autorité administrative, les riverains ne peuvent pas s'y opposer, ni réclamer une indemnité; leurs héritages sont soumis à la servitude de halage (2), sans qu'ils aient droit de ce chef à aucune indemnité.

461. La servitude de marchepied a cet effet que les riverains ne peuvent faire aucune plantation ni construction dans l'étendue qu'elle comprend. S'ils plantent et construisent, avec l'autorisation de l'administration, ou du moins avec son consentement, il n'en résulte pour eux aucun

(1) Bruxelles, 26 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 12). Comparez Proudhon, *Du domaine public*, t. III, nº 772.

(2) Gand, deux arrêts du 3 juin 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 322). Bruxelles, 12 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 466).

droit, car les autorisations que l'administration accorde sont essentiellement révocables, ce n'est qu'une tolérance temporaire; à plus forte raison en est-il ainsi de son consentement tacite. Il suit de là une conséquence importante, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique; on ne tient aucun compte aux riverains expropriés de la valeur des constructions ou plantations, parce que la démolition en aurait pu être ordonnée sans indemnité. Il n'y a qu'une difficulté pour la distance. L'ordonnance de 1669 n'a été publiée en Belgique que le 24 mai 1805; en faut-il conclure que les travaux faits antérieurement par les riverains l'ont été légalement, et que par suite les riverains ont droit à une indemnité? La question doit être décidée d'après la législation de l'époque à laquelle les travaux remontent. En Belgique, il y avait des ordonnances analogues à celle de 1669 : tel était le placard du 12 juin 1780 porté pour la rivière de la Dendre. Si les travaux datent d'une époque où aucune loi ne fixait les limites de la servitude de marchepied, on reste dans le droit commun; les riverains auront droit à une indemnité (1).

462. Le code civil qualifie le marchepied de servitude. On a soutenu que les bords des rivières navigables appartiennent au domaine public. Il y a dans l'ordonnance de 1669 une expression qui semble favoriser cette prétention; l'article que nous avons transcrit (n° 459) dit que les riverains doivent laisser sur leurs propriétés 24 pieds pour *chemin royal* et *trait de chevaux;* si c'est un *chemin royal,* dit-on, il fait partie du domaine public. Mais tel n'est pas le sens de l'ordonnance; elle signifie que c'est un chemin royal destiné au halage et à la circulation des bateliers. Le code civil ne laisse aucun doute sur ce point. Nous venons de citer l'article 650; l'article 556 est tout aussi décisif, il attribue l'alluvion aux riverains parce qu'ils sont propriétaires de la rive. Leurs fonds sont seulement grevés d'une servitude; encore faut-il ajouter que cette servitude a un objet tout spécial, l'intérêt de la navigation. Toute

(1) Gand, 17 juillet 1869 (*Pasicrisie,* 1870, 2, 52), 29 juillet 1869 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 387) et 3 juin 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 327).

servitude est de stricte interprétation; il faut donc limiter celle de marchepied aux besoins de la navigation. De là suit que les riverains ne sont pas tenus de souffrir le déchargement de marchandises, ni la circulation de chariots et voitures (1).

N° 2. SERVITUDES DE VOIRIE.

463. L'article 650 place encore parmi les servitudes d'utilité publique celles qui ont pour objet « la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. » Cela est si vague que l'on ne sait trop de quelles servitudes le législateur entend parler. On ne cite d'ordinaire que la disposition du code rural de 1791, ainsi conçue (tit. I, sect. VI, art. 1er) (2) : « Les agents de l'administration ne pourront fouiller dans un champ pour y chercher des pierres, de la terre ou du sable, nécessaires à l'entretien des grandes routes ou autres ouvrages publics, qu'au préalable ils n'aient averti le propriétaire, et qu'il ne soit justement indemnisé à l'amiable ou à dire d'experts. » Cette disposition a été reproduite par la loi du 16 septembre 1807, mais avec des modifications qui ont donné lieu à des procès; l'article 55 porte : « Les terrains *occupés* pour prendre les matériaux nécessaires aux routes ou aux constructions publiques pourront être payés aux propriétaires comme s'ils eussent été pris pour la route même. Il n'y aura lieu à faire entrer dans l'estimation la valeur des matériaux à extraire, que dans le cas où l'on s'emparerait d'une carrière déjà en exploitation; alors lesdits matériaux seront évalués d'après leur prix courant, abstraction faite de l'existence et des besoins de la route pour laquelle ils seraient pris, ou des constructions auxquelles on les destine. »

L'*occupation* dont parle la loi de 1807 n'est pas une expropriation, comme on l'a prétendu. *Occuper* ne veut pas dire

(1) Bruxelles, 12 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 466) et le réquisitoire de l'avocat général Stoop. Comparez Proudhon, *Du domaine public*, t. II. n° 772; Duranton, t. V, p. 258, n° 275; Demolombe, t. XI, p. 332, n° 301,
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 189, n° 283.

exproprier; ce mot implique une possession provisoire du terrain qui est fouillé par les agents de l'administration. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. S'il s'agissait d'une expropriation, l'article 55 serait inutile, le droit d'expropriation étant réglé par des lois spéciales ; ou il dérogerait à ces lois, et la dérogation serait tellement grave que c'est faire injure au législateur que d'admettre une pareille interprétation, comme le dit très-bien un arrêt de la cour de Bruxelles. La loi de 1807, de même que celle de 91, n'établit donc qu'une servitude; mais cette servitude légale diffère des autres servitudes d'utilité publique. Généralement ces servitudes ne donnent pas lieu à une indemnité, comme nous le dirons plus loin; tandis que celle-ci donne droit à une indemnité. La raison en est simple, c'est que les fouilles aboutissent à l'extraction de matériaux nécessaires; donc l'administration s'empare de choses mobilières qui sont dans le domaine d'un particulier; en ce sens il y a expropriation, et partant l'administration doit indemniser le propriétaire; elle lui doit encore une indemnité pour l'occupation de son terrain, parce qu'elle le prive de la jouissance de sa propriété tant que l'occupation dure (1).

Les termes généraux de l'article 650 comprennent encore une autre espèce de servitude qui se rattache aux travaux publics. Avant d'exproprier, il faut savoir quels terrains seront nécessaires à la construction de la route, du canal ou du chemin de fer. Dans ce but, les ingénieurs parcourent les fonds, lèvent les plans, procèdent au nivellement des tracés. Peuvent-ils pénétrer dans les propriétés particulières, les occuper temporairement, abattre les arbres qui les gênent dans leurs opérations? La question s'est présentée devant la cour de Bruxelles qui a déclaré ces actes *illicites*. Sur le pourvoi, la cour de cassation a décidé que le gouvernement, autorisé à exécuter des travaux d'utilité publique, avait par cela même le droit de faire tous les actes préliminaires, sans lesquels l'exécution des travaux serait impossible, sauf à réparer le dommage

(1) Bruxelles, 2 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 168).

qu'il cause (1). On doit étendre cette décision aux concessionnaires, puisqu'ils prennent la place de l'Etat.

464. La loi du 9 ventôse an XIII obligeait les riverains à planter, en arbres forestiers ou fruitiers, les grandes routes non plantées et les chemins vicinaux; elle leur accordait la propriété des arbres, à la charge de ne les point couper, abattre ou arracher sans une autorisation donnée par l'administration et sous la condition de les remplacer. Dans le décret du 16 décembre 1811, qui est comme le code de la voirie, il y a encore plusieurs dispositions relatives à la plantation des routes.

Il y a aussi des restrictions à la propriété, quant aux plantations que les riverains font sur les bords des routes. Les règlements faits par les conseils provinciaux peuvent fixer la hauteur des haies. Il est incontestable que la voirie entre dans les attributions des autorités provinciales. La loi du 6 octobre 1791 confiait déjà la voirie vicinale aux départements (tit. I, sect. VI, art. 3). Sous le royaume des Pays-Bas, la loi fondamentale consacra cette attribution (art. 146), et les lois belges l'ont maintenue (2). Il y a cependant une difficulté dans notre droit public; il met une restriction au pouvoir des autorités provinciales et communales ; elles ne peuvent pas statuer sur des objets qui sont déjà réglés par des lois ou des arrêtés royaux. Or, a-t-on dit, le code civil détermine la distance à laquelle il est permis de planter des haies sur la limite séparative des héritages (art. 671), et la loi du 9 ventôse an XIII (art. 7) fixe cette distance pour les riverains des chemins vicinaux. Si les branches dépassent la ligne séparative des deux héritages, le voisin peut exiger qu'elles soient coupées (code civil, art. 672). Voilà une législation complète, donc tout ce que les règlements provinciaux y ajoutent est illégal. La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, qu'aucune loi ne détermine la hauteur des haies qui bordent les chemins publics; que dès lors les conseils provinciaux peuvent régler cette matière. En effet, il ne

(1) Arrêt de cassation du 2 juillet 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 1, 336).
(2) Loi communale, art. 90, n° 12 ; loi du 10 avril 1841, art. 37 et 38.

suffit pas qu'il y ait une loi sur certaines parties d'une matière de police locale pour que les autorités provinciales ne puissent plus la réglementer; la loi du 10 avril 1841 sur la voirie vicinale prouve le contraire, puisque, tout en posant des principes généraux sur cette matière, elle permet aux conseils provinciaux de statuer sur les points dont elle ne s'est pas occupée (art. 32). Il est vrai qu'il en résultera une servitude à charge des riverains, et une servitude sans indemnité; mais telle est la condition générale des propriétés qui bordent les chemins publics; si elles ont des charges, elles ont aussi des avantages. Vainement dirait-on qu'il ne peut y avoir de servitude *légale* sans loi; les règlements provinciaux tiennent lieu de lois; et l'article 544 permet d'apporter des restrictions à la propriété, c'est-à-dire d'établir des servitudes par des lois et des règlements (1).

465. Quand un chemin est devenu impraticable, les riverains sont-ils obligés de souffrir le passage sur leurs terres? Le droit romain établissait déjà cette servitude, qui est plus que d'utilité publique, puisque la force des choses y assujettit les héritages riverains (2). Elle est consacrée implicitement par le code rural de 91 (tit. II, article 41), qui contient à cet égard la disposition suivante : « Tout voyageur qui déclora un champ pour se faire un passage payera le dommage fait au propriétaire, à moins que le juge de paix du canton ne décide que le chemin était impraticable; et alors le dommage et les frais de clôture sont à la charge de la communauté. » Il y a lieu à indemnité dans ce cas, non par celui qui use du passage, mais par celui qui, par sa négligence, a rendu le chemin impraticable; c'est l'application du principe qui régit le quasi-délit (art. 1382).

Il y a encore des passages qui sont d'utilité publique tout ensemble et d'intérêt privé. Le code rural permet au

(1) Arrêt de rejet du 17 mars 1862 de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1862, 1, 234).

(2) L. 14, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.* (VII, 4) : « *Cum via publica ruinâ amissa est, vicinus proximus viam præstare debet.* » La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. III, p. 33, notes 37 et 38).

propriétaire d'un essaim d'abeilles de le poursuivre sur le fonds où il s'est posé (1). On admet aussi que le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut, pour les retirer, entrer dans le fonds où ils ont été entraînés. Ce dernier point est douteux, parce qu'il n'y a pas de loi; le texte du Digeste que l'on cite n'ayant plus de force obligatoire (2).

466. Aux termes de la loi du 16 septembre 1807 (art. 50 et suiv.), les propriétaires ne peuvent élever ou réédifier, ou même réparer des constructions attenantes à la voie publique, sans avoir obtenu l'alignement; ils sont même obligés de reculer leurs constructions conformément aux plans arrêtés par l'administration. L'alignement demandé par le riverain et accordé par l'autorité locale implique une espèce de contrat qui donne aux propriétaires les avantages qu'assure la voie publique, mais les soumet aussi à toutes les charges qu'entraîne cette situation. Ainsi les riverains acquièrent les droits d'issue et de vue, le droit d'écouler leurs eaux pluviales et ménagères. Par contre, ils sont tenus de supporter certaines charges qu'imposent les nécessités de la police et d'une bonne administration : ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation de Belgique. Ainsi, dit la cour, l'autorité municipale a le droit de fixer aux murs joignant la voie publique les plaques indiquant le nom des rues et le numérotage des maisons, de même que les attaches ou supports de réverbères; il faut ajouter les fils électriques, soit pour les horloges électriques, soit pour la correspondance télégraphique. Dira-t-on que ce sont là des servitudes légales (3)? Si elles ne sont pas établies directement par la loi, elles en découlent indirectement en ce sens que les lois chargent les autorités communales de la police, et notamment de veiller à la sûreté et à la commodité du passage dans les rues et places publiques.

(1) Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. III, art. 5. Aubry et Rau, t. III, p. 33, note 39.

(2) L. 8, D., *de incend.* (XLVII, 9). Aubry et Rau, t. III, p. 33, note 40.

(3) Le conseil d'Etat juge qu'il n'y a pas de servitude, mais il admet qu'il y a lieu à indemnité, laquelle doit être réglée par la justice administrative. Décrets du 3 août 1861 et du 24 mars 1865 (Dalloz, 1861, 3, 81 et 1865, 3, 89). Comparez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Télégraphe*, n[os] 56 et suiv

On a demandé si les autorités locales avaient le droit de réglementer les affiches, en permettant de les apposer sur des maisons particulières, et même sur les édifices destinés au culte. Voici les circonstances dans lesquelles la question s'est présentée. Une ordonnance de police de la ville de Bruxelles charge le collége échevinal de désigner au moins trente murs sur lesquels les affiches, annonces et avis pourront être apposés. Le collége désigna, entre autres, l'église des Riches-Claires, tant pour les affiches émanant de l'autorité que pour toutes autres. Des affiches y ayant été apposées, le curé les fit arracher. Traduit en justice, il fut acquitté par le tribunal correctionnel, qui décida que le règlement en vertu duquel on le poursuivait était illégal. Sur le pourvoi du ministère public, le jugement fut cassé par un arrêt très-bien motivé et sur les conclusions conformes de l'avocat général Delebecque (1). Les considérants de l'arrêt ne concernent que l'affiche des actes de l'autorité ou celles qui sont exigées par des lois spéciales; à cet égard, il n'y a aucun doute. En effet, quand la loi ordonne la publicité, alors même qu'elle ne parle pas d'affiche, c'est un droit, pour les autorités chargées de rendre les actes publics, de prescrire des affiches, et par suite de désigner les lieux où elles seront placardées. Vainement dira-t-on que la commune doit apposer les affiches sur un bâtiment communal; on n'affiche pas où l'on veut, on affiche là où il y a probabilité que l'affiche sera lue. Voilà pourquoi de tout temps on a affiché sur les portes des églises. Sans doute, il faut concilier ce droit avec le respect qui est dû aux lieux où l'on célèbre le culte ; ce soin appartient aux administrations communales. Une fois qu'elles ont décidé et que les recours sont épuisés, leurs ordonnances ont force de loi. On peut voir, dans l'arrêt de la cour, les lois qui ont consacré le droit des autorités locales, droit qui est en même temps un devoir.

L'arrêt contient une restriction sur laquelle nous faisons nos réserves. Il ne peut appartenir aux particuliers, dit la cour, de faire apposer des avis ou annonces sur la pro-

(1) Arrêt de cassation du 5 février 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 105).

priété d'autrui et notamment sur les temples, dont la jouissance appartient aux fabriques, chargées du soin de leur entretien et de leur conservation. Sans doute, un propriétaire n'a aucun droit sur la maison d'un autre propriétaire. Mais celui qui affiche ne le fait pas en vertu d'un droit qui lui est propre, il agit en vertu d'une ordonnance de police. La question est donc de savoir si les communes ont le droit de désigner les bâtiments, quand ce seraient des temples, pour y placarder les affiches, sauf à réglementer ce droit de manière à concilier tous les intérêts. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. C'est un des cas dans lesquels la propriété subit des restrictions établies par des règlements, comme le suppose l'article 544. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence, notamment en ce qui concerne les églises (1), et les lois modernes impliquent l'existence du même droit (2).

467. La construction des chemins de fer a créé de nouvelles servitudes à charge des riverains. Il n'est permis de planter des arbres de haute tige, sans autorisation du gouvernement, qu'à la distance de vingt mètres du franc-bord des chemins de fer, et des têtards et autres arbres, à la distance de six mètres. La même autorisation est requise pour les amas ou dépôts de pierres, pour les bâtisses et autres constructions, dans une distance de huit mètres. Il est défendu d'ouvrir, sans autorisation, des sablières ou des carrières et minières à ciel ouvert, le long des chemins de fer, dans la distance de vingt mètres. Même défense pour les toitures en chaume ainsi que pour tout dépôt de matières combustibles, tels que meules de grains. (Loi du 15 avril 1843, art. 1-3.) Quant aux plantations et constructions qui existaient lors de l'établissement du chemin de fer, dans les zones prohibées, le gouvernement peut les faire supprimer moyennant une indemnité préalable (article 5).

(1) Voyez les autorités citées dans le réquisitoire du ministère public (*Pasicrisie*, 1855, 1, 110).

(2) Loi du 9 novembre 1789; loi du 9 messidor an III, art. 118; loi du 11 brumaire an VII, art. 5; loi du 8 mars 1810, art. 6; code de commerce, art. 103

Ces servitudes grèvent indistinctement toutes les propriétés riveraines des voies ferrées ; en ce sens, elles constituent l'état normal de la propriété, et par suite elles ne donnent lieu à aucune indemnité. Nous dirons plus loin que c'est là un principe général en matière de servitudes légales d'utilité publique. Il en résulte qu'en cas d'expropriation des terrains nécessaires pour la construction d'un chemin de fer, on ne tient aucun compte de la moins-value des terrains qui restent au riverain exproprié, bien que cette moins-value soit due aux restrictions qu'il subit dans l'exercice de son droit de propriété, à raison du voisinage de la voie ferrée (1).

467 *bis*. Il y a une espèce de servitude d'utilité publique qui, par son origine, tient au droit privé, tandis que, par son objet, elle est d'utilité publique, et, par ses caractères, elle est légale. Un grand nombre de chemins vicinaux sont des servitudes de passage acquises par les communes sur les terrains appartenant à des particuliers ; dans les Flandres, c'est la règle presque universelle. Ces servitudes n'ont pas été établies par titre, elles sont fondées sur la prescription ; en ce sens, elles sont de droit privé. Mais servant de voies de communication, elles participent du caractère public qui distingue ces voies ; la loi belge du 10 avril 1841 (article 12) les déclare imprescriptibles, parce que, étant destinées à un service public, elles sont placées par cela même hors du commerce (articles 538 et 2226). Ces servitudes de passage, quoique étant d'utilité publique, ne sont pas, à proprement parler, des servitudes légales, car ce n'est pas la loi qui les a créées, c'est la prescription. Mais une fois acquises, elles sont devenues légales, en ce sens que la loi y attache des effets particuliers ; ce qui à son origine était un simple droit de passage est considéré comme une voie publique, inscrite comme telle sur l'atlas des chemins vicinaux, et servant à tous les usages auxquels servent les chemins qui sont la propriété de la commune. Il a été jugé, par application de ces

(1) Liége, 21 juillet 1853 (*Pasicrisie,* 1854, 2, 156) ; Bruxelles, 24 janvier 1852 (*Pasicrisie,* 1854, 2, 21).

principes, que les riverains y peuvent ouvrir des issues ainsi que des vues et des jours (1). Nous reviendrons sur les caractères qui distinguent les passages communaux des servitudes de passage (2).

N° 3. DES AUTRES SERVITUDES LÉGALES D'UTILITÉ PUBLIQUE.

468. Le code civil ne parle que de deux servitudes légales d'utilité publique ; il y en a plusieurs autres ; nous nous bornerons à les mentionner, cette matière étant étrangère à l'objet de notre travail. D'après l'ordonnance de 1681, les propriétaires dont les terres ou les habitations sont voisines d'un lieu de naufrage sont tenus de livrer passage pour qu'on porte secours aux naufragés, et de souffrir dans leur propriété le dépôt des objets sauvés (3).

Il y a une autre servitude que l'on peut appeler maritime, parce qu'elle est établie pour la conservation des digues et des travaux de défense contre la mer. Quand une digue est menacée de rupture et que les matériaux manquent, on peut prendre tout ce qui existe dans les environs en fascines et pailles, et jusqu'au chaume des maisons et et aux chevrons des toitures (4). C'est le cas de dire : *Salus populi suprema lex*. Comme c'est une vraie expropriation, il est dû indemnité, mais elle ne saurait être préalable ; le décret de 1811 dit qu'elle sera réglée ultérieurement.

469. Il y a des servitudes légales plus importantes et plus onéreuses, ce sont celles que l'intérêt de la défense nationale impose aux propriétés voisines des forteresses. La loi du 10 juillet 1790 (tit. I, art. 30) porte : « Il ne sera à l'avenir *bâti* ni *reconstruit* aucune maison ni clôture de maçonnerie autour des places de première et seconde classes, même dans leurs avenues et faubourgs, plus près

(1) Arrêt de cassation de la cour de cassation de Belgique, du 18 mars 1870, et le réquisitoire du procureur général, M. Leclercq (*Pasicrisie*, 1870, 1, 153).

(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, n° 214.

(3) Dalloz, au mot *Organisation maritime*, n° 667. L'ordonnance ne contient pas de disposition expresse à cet égard.

(4) Décret du 16 décembre 1811, art 38.

qu'à 250 toises de la crête du parapet des chemins couverts les plus avancés. » L'arrêté-loi du 4 février 1815 contient une disposition semblable. « Il est défendu, dit-il, de construire ou reconstruire des maisons ou murailles, former des élévations, faire des caves, creuser des puits, ou faire toute autre excavation, dans la distance de cent toises ou 1,800 pieds de l'extrémité des glacis les plus avancés des places fortifiées existantes dans la Belgique, sous peine que lesdits ouvrages seront détruits aux frais de ceux qui les auront faits. »

L'application de ces lois a donné lieu, en Belgique, à des débats judiciaires par suite de la construction des fortifications d'Anvers. On ne pouvait contester la force obligatoire de la loi de 90 et de l'arrêté de 1815; mais on prétendait qu'ils ne s'appliquaient qu'aux forteresses qui existaient lors de leur publication, objection que le texte même des lois repousse. Au moins, disait-on, faudrait-il une loi pour qu'une ville soit déclarée place de guerre; cette prétention fut également repoussée; le roi étant chargé de la défense de l'Etat, c'est au pouvoir exécutif à ordonner des fortifications, sauf le concours des Chambres pour les dépenses. Enfin, on soutenait, et ceci était plus spécieux, que la Constitution défendant de priver les citoyens de leur propriété, sans une juste et préalable indemnité, les lois précitées qui n'accordent aucune indemnité sont abrogées, en ce sens que les terrains voisins des places fortes ne peuvent être grevés de servitudes que dans les formes et sous les conditions prescrites par les lois qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique. Nous reviendrons plus loin sur cette question, qui a été également décidée en faveur de l'Etat (1).

Il y a une question plus douteuse. Un décret du 9 décembre 1811 reproduit, en les aggravant, les défenses de bâtir et de reconstruire portées par la loi de 1790; puis il ajoute : « Les dispositions qui précèdent s'appliqueront aux restaurations et réparations des bâtiments, clôtures et

(1) Bruxelles, 29 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 185) et 7 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 107).

autres constructions existantes, sauf les modifications que nous jugerons n'être pas contraires à la défense. » Cette disposition aggrave la servitude établie par la loi de 90, elle y déroge donc ; en ce sens le décret est illégal. Mais on sait que, malgré l'illégalité des décrets de Napoléon, les tribunaux les appliquent. Ce n'est pas sur ce point qu'un débat s'est élevé ; on a prétendu que le décret de 1811 est abrogé par l'arrêté-loi de 1815. La cour de Bruxelles a admis cette abrogation tacite, en invoquant l'intention de l'auteur de l'arrêté-loi : il voulait modérer et limiter, dit la cour, les servitudes militaires établies par les lois françaises (1). Soit, cette limitation se trouve dans le texte, elle concerne le périmètre des fortifications. Faut-il aller plus loin et dire que le décret de 1811 est abrogé? S'il s'agissait d'une matière moins odieuse que les fortifications et les servitudes qu'elles entraînent, nous doutons fort que la cour de Bruxelles admettrait une abrogation pareille. L'arrêté-loi ne dit rien des réparations ; comment, ne parlant que des constructions et des reconstructions, aurait-il abrogé un décret qui concerne les réparations? N'est-il pas de principe que les lois postérieures n'abrogent les lois antérieures que si leurs dispositions sont incompatibles? et où est l'incompatibilité entre une loi qui défend la reconstruction et une loi qui défend les réparations? Une fois la servitude admise, il faut, au contraire, dire que la défense de réparer est la conséquence logique de la défense de reconstruire ; sinon rien ne serait plus facile que d'éluder la défense de reconstruire. Que les servitudes militaires soient odieuses, qu'importe? Les principes de droit ne connaissent ni faveur ni haine.

470. L'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts crée plusieurs servitudes dans l'intérêt de la conservation des bois. Ainsi elle veut que les riverains qui possèdent des bois joignant les forêts de l'Etat, les séparent par des fossés ayant quatre pieds de large et cinq pieds de profondeur ; c'est un moyen efficace d'éviter les usurpations que l'on commet toujours plus facilement contre l'Etat que

(1) Bruxelles, 8 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 270).

contre les particuliers. Le nouveau code forestier ne reproduit pas cette servitude ; il établit des règles de délimitation qui ont paru suffisantes pour prévenir les empiétements des riverains (1). La loi nouvelle a maintenu, en les modifiant, plusieurs servitudes que l'ordonnance de 1669 avait créées. Il y en a une qui est établie en faveur des riverains. L'article 210 déclare que l'article 672 du code civil est applicable aux arbres de lisière de bois et forêts, avec cette restriction que les riverains ne peuvent demander l'élagage des branches qui avancent sur leurs propriétés quand les arbres avaient plus de trente ans lors de la publication de la loi de 1854. Les autres servitudes forestières ont pour objet la conservation des forêts de l'Etat et des communes. Nous allons les énumérer (art. 211-216).

Il ne peut être établi, sans autorisation du roi, aucun four à chaux ou à plâtre, aucune briqueterie et tuilerie dans l'intérieur des bois et forêts, ni à une distance moindre de 250 mètres.

Même défense pour la construction de maisons sur perches, loges, baraques ou hangars.

Aucune construction de maisons, fermes ou bâtiments en dépendant ne peut être faite à une distance moindre de 100 mètres de la lisière des bois, sans autorisation du roi.

Nul individu habitant les maisons existantes dans le rayon de 100 mètres, ou dont la construction aura été autorisée, ne peut établir aucun atelier à façonner le bois, aucun chantier ou magasin de bois, de charbon ou de cendres, sans l'autorisation spéciale du roi.

Aucune usine à scier le bois ne peut être établie dans l'enceinte des forêts, ni à une distance moindre de 250 mètres qu'avec l'autorisation du roi.

471. Une loi française du 14 juillet 1856 défend de faire des fouilles dans un certain rayon autour des eaux thermales, afin d'empêcher que le cours de ces eaux ne soit affaibli ou détourné (2). Ces eaux intéressant la santé publique sont par cela même considérées comme étant

(1) Loi du 19 décembre 1854, titre III, *Délimitations et abornements*, articles 21-30.
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 4, 85.

d'utilité publique. Il y a une autre servitude d'utilité publique concernant les eaux : l'article 643 du code civil défend au propriétaire d'une source d'en changer le cours, lorsqu'elle fournit aux habitants d'une commune l'eau qui leur est nécessaire. Nous avons exposé plus haut (n° 217) les principes qui régissent cette servitude.

472. L'intérêt de la santé publique a aussi fait établir les servitudes concernant les cimetières. Un règlement du 23 prairial an XII (art. 2) veut que les terrains destinés aux inhumations soient à la distance de 35 à 40 mètres au moins de l'enceinte des villes et bourgs. Lorsque les cimetières ont été transférés hors des communes, nul ne peut, sans l'autorisation de l'administration, élever aucune habitation, ni creuser aucun puits, à moins de 100 mètres de distance. (Décret du 7 mars 1808.)

§ II. *Principes généraux concernant les servitudes légales d'utilité publique.*

473. Les servitudes légales d'utilité publique ne présentent pas tous les caractères qui distinguent les vraies servitudes. Il n'y a de servitude que lorsque la charge est établie sur un fonds et en faveur d'un fonds. Donc quand les lois imposent aux riverains l'obligation de planter les routes, on ne peut pas dire qu'elles créent une servitude; la charge est plutôt une obligation, puisqu'elle consiste à faire. On ne peut pas même dire que cette charge, et toutes celles que l'on appelle servitudes d'utilité publique, aient pour objet l'utilité d'un autre héritage; elles ont pour objet de pourvoir à un intérêt public. Cependant elles ont un caractère de réalité qui les distingue des obligations proprement dites : tout propriétaire du fonds assujetti subit la restriction que la loi impose à l'héritage qu'il possède, et la charge passe à tous les détenteurs du fonds. Les charges qui grèvent un héritage en diminuent la valeur. De là la question de savoir si les servitudes d'utilité publique donnent droit à une indemnité.

474. La question est tranchée par notre législation en

faveur de l'Etat. On a souvent invoqué contre l'Etat la disposition de la Constitution aux termes de laquelle nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. Si l'on s'en tenait à la notion juridique de la servitude, il faudrait dire que toute servitude étant un démembrement de la propriété, entraîne par cela même une expropriation partielle; or, qu'il y ait expropriation partielle ou totale, le droit de propriété est tout aussi sacré dans ses divers attributs que dans l'ensemble des facultés qui le constituent. Donc, dirait-on, le propriétaire doit être indemnisé, aussi bien quand on le prive d'une partie de son droit que lorsqu'on lui enlève le droit tout entier. Nos lois n'admettent pas cette théorie. L'article 11 de la Constitution ne fait que reproduire l'article 545 du code civil; cette dernière disposition suit immédiatement la définition que le législateur donne de la propriété; et que dit l'article 544? Il commence par déclarer que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue; mais il ajoute de suite « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Il y a donc des restrictions à la propriété établies par les lois et les règlements. Partant la propriété n'est pas un droit absolu, c'est un droit modifié dans l'intérêt de la société, car les restrictions dont parle l'article 544 sont imposées à la propriété dans un intérêt général; ce sont précisément ce que le code appelle servitudes légales d'utilité publique. De quoi donc le propriétaire se plaindrait-il quand on impose à son héritage l'une de ces charges que l'on appelle servitudes? Dira-t-il qu'on le prive d'une partie de son droit? On ne le prive pas de ce qu'il n'a pas; or, il n'a pas le droit absolu qu'il prétend avoir, il n'a qu'un droit susceptible d'être modifié dans l'intérêt général. En définitive, ces modifications et restrictions sont l'état naturel de la propriété. Et cela se comprend. La vie sociale serait impossible si la propriété était absolue; elle doit faire des sacrifices, tantôt au droit égal des autres propriétaires, tantôt au droit de la société. Voilà pourquoi l'article 544 en définissant la propriété un droit restreint par les lois

et règlements, n'ajoute pas que le propriétaire a droit à une indemnité à raison de ces restrictions. L'article suivant n'accorde d'indemnité que lorsque le propriétaire est privé de sa chose, et celui dont l'héritage est grevé d'une servitude d'utilité publique ne peut pas dire qu'il est privé de son héritage, puisqu'il le conserve, et il le conserve tel qu'il existe dans l'état de société (1).

475. Cette doctrine a été reconnue lors de la discussion de la loi du 15 avril 1843, relative à la police des chemins de fer. Elle n'accorde pas d'indemnité pour les servitudes qu'elle crée à charge des fonds riverains. Au Sénat, on attaqua ce système comme inconstitutionnel ; un amendement fut proposé pour donner une indemnité aux propriétaires dont le droit se trouvait restreint en vertu de la loi nouvelle ; mais la proposition n'eut pas de suite ; les ministres la combattirent comme bouleversant la notion de propriété, telle qu'elle est définie par le code civil (2). La question a été portée devant les tribunaux à l'occasion des servitudes militaires, et elle a reçu la même solution. Ces servitudes sont une charge onéreuse, et sans compensation pour celui qui la supporte ; mais c'est une charge que le plus puissant de tous les droits réclame, le droit de conservation. Il est vrai que cette charge pèse exclusivement sur quelques villes qui sont consacrées à la défense nationale ; cela n'empêche pas que par sa nature elle est générale, en ce sens que toute ville peut devenir une place de guerre. Aussi les lois n'ont-elles pas alloué d'indemnité aux propriétaires, et les tribunaux ont dû la refuser aux parties lésés (3).

476. Il y a cependant des cas dans lesquels les servitudes d'utilité publique donnent droit à une indemnité. Nous les avons mentionnés en énumérant les servitudes que la loi établit dans l'intérêt public. Quand la loi elle

(1) Réquisitoire de M. Leclercq, procureur général à la cour de cassation (*Pasicrisie*, 1845, 1, 405 et suiv.). Comparez, plus haut, n° 461.

(2) *Moniteur belge* des 11 et 12 avril 1843.

(3) Arrêt de rejet du 27 juin 1845 de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1845, 1, 392) et du 7 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 25). Dans le même sens, arrêt de rejet de la cour de cassation de France, du 27 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 419).

même le dit, il n'y a aucun doute. Seulement on peut se demander pourquoi le législateur accorde une indemnité pour telles servitudes, tandis qu'il n'en accorde pas en règle générale. De raison juridique, il n'y en a pas ; au point de vue du droit, il n'y a aucune différence entre les diverses servitudes, toutes ont pour principe l'utilité publique. Ce ne peut être que par des considérations d'équité; mais le législateur seul est juge de l'équité, le juge ne peut pas l'invoquer. C'est dire qu'il faut une disposition expresse pour que les propriétaires puissent réclamer une indemnité. La cour de Bruxelles va plus loin; elle admet qu'il y a encore lieu à indemnité, « lorsque la servitude emporte une entreprise sur la propriété, une atteinte à des droits qu'exerce le propriétaire (1). » Cela nous paraît bien vague, et partant bien arbitraire. Quand peut-on dire que la servitude entreprend sur la propriété? En théorie, toute servitude restreint la propriété assujettie; donc toute servitude donnerait droit à une indemnité. Faudra-t-il « qu'elle porte atteinte à des droits qu'exerce le propriétaire? » Encore une fois, toute servitude diminue les droits du propriétaire ; en ce sens, toute servitude porte atteinte à ses droits. Une minière est ouverte dans un terrain libre de toute servitude. L'Etat construit un chemin de fer ; par suite l'exploitation de la minière est arrêtée, puisque le propriétaire ne peut pas étendre son exploitation dans le rayon grevé de servitude. Certes voilà une entreprise sur la propriété, une atteinte à un droit exercé par le propriétaire; cependant la cour de Liége a très-bien jugé qu'il n'y avait pas lieu à indemnité (2). Nous préférons donc nous en tenir au principe rigoureux, tel qu'il est formulé dans un réquisitoire du procureur général à la cour de cassation, que nous avons déjà eu occasion de citer. « L'indemnité n'est pas une obligation d'une part, ni un droit de l'autre ; elle n'est que l'expression de cette modération avec laquelle un gouvernement humain doit toujours exercer ses pouvoirs; elle

(1) Bruxelles, 6 août 1862 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 153).
(2) Liége, 30 avril 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 297). Comparez Bruxelles, 6 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 393).

n'est due par conséquent qu'en vertu d'une disposition expresse (1). »

477. Il suit de là que si la servitude légale résulte de travaux d'utilité publique, on n'en tient aucun compte dans l'évaluation de l'indemnité qui est payée aux propriétaires expropriés dont les héritages sont grevés de la servitude. Il en est ainsi, notamment, lorsque des terrains sont expropriés partiellement pour l'établissement d'un chemin de fer, ou pour la construction de fortifications. Les propriétaires qui se voient expropriés tout ensemble et grevés de servitude ont fait des efforts répétés pour obtenir une indemnité du chef des servitudes que l'expropriation semblait leur imposer; ils ont presque toujours échoué (2). En effet, ce n'est pas l'expropriation qui est le principe de la dépréciation que subissent leurs terrains, c'est l'intérêt social qui leur impose cette charge; leurs voisins non expropriés la subissent tout aussi bien qu'eux, et ceux-ci ne pouvant réclamer aucune indemnité, de quel droit les propriétaires expropriés la demanderaient-ils (3)? L'équité semble parfois plaider en leur faveur. Devenus riverains d'un chemin de fer, il leur est défendu d'exploiter les mines et carrières dans une zone déterminée; le préjudice qu'ils éprouvent par cette défense est considérable. Et qui leur cause ce dommage? n'est-ce pas l'Etat qui les exproprie? On répond, comme nous venons de le faire, que le législateur seul peut déroger au droit strict par des considérations d'équité; la loi n'ayant pas accordé d'indemnité, le juge doit décider d'après la rigueur des principes. Or, pour qu'il y ait lieu à indemnité en cas de travaux publics, il faut un fait réel d'expropriation; celui à qui il est défendu d'exploiter les mines et carrières dans une certaine zone d'un terrain traversé par une voie ferrée n'est pas privé de sa propriété, on restreint son droit de jouir; cette restriction n'est pas la conséquence directe de l'expropriation; car ce n'est pas dans l'intérêt de l'expropriation

(1) Leclercq, Réquisitoire (*Pasicrisie*, 1845, 1, 405).
(2) Un arrêt de Bruxelles du 2 août 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 11) leur paraît favorable.
(3) Gand, 30 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 76).

qu'elle est établie, celui qui exproprie n'en retirant aucun avantage; si le propriétaire ne peut plus jouir librement, c'est que des motifs d'intérêt général s'y opposent, et le droit de l'individu plie devant le droit de la société; pour mieux dire, il n'a pas même un droit à opposer à la société, puisque la condition naturelle de la propriété est d'être subordonnée à l'utilité publique au nom de laquelle la loi peut toujours lui imposer des restrictions (1).

478. L'utilité publique, qui est le principe dominant des servitudes que l'intérêt général impose aux propriétaires, a une autre conséquence, c'est que ces charges grèvent même les biens appartenant à l'Etat, aux provinces et aux communes. Il n'y a aucun doute quand il s'agit du domaine privé de l'Etat; ces biens sont soumis aux règles générales de la propriété. Il est vrai qu'ils ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi, et l'établissement d'une servitude est une aliénation partielle. La réponse à l'objection est facile et péremptoire : les servitudes légales ont leur cause dans une loi, c'est donc au nom de la loi que les biens de l'Etat sont grevés de servitudes. Il a été jugé, par application de ces principes, que les bois communaux sont assujettis à la servitude de passage que la loi de 1791 établit sur les fonds riverains d'un chemin public, dans le cas où le chemin est impraticable (2). Le préfet d'un département avait fait réparer un mur construit sur l'espace réservé par l'ordonnance de 1669 pour le marchepied; il aurait dû demander le consentement de la compagnie concessionnaire du canal sur les bords duquel se trouvait la propriété départementale; ne l'ayant pas fait, il était en contravention; le département fut condamné, en sa personne, à l'amende (3). Il y a des ordonnances du conseil d'Etat dans le même sens, en ce qui concerne les biens communaux (4). Quand il s'agit d'un bien de l'Etat appar-

(1) Bruxelles, 6 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 391); 9 février 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 132); 12 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 116).

(2) Arrêt de rejet rendu par les chambres réunies, le 21 novembre 1835 (Dalloz, au mot *Forêts*, n° 704).

(3) Ordonnance du conseil d'Etat du 23 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 400).

(4) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 401.

tenant au domaine public, la question devient douteuse. Nous l'avons examinée plus haut (n° 130). Il a été jugé, conformément à l'opinion que nous enseignons, que les biens appartenant au domaine de la commune, quoique déclarés imprescriptibles, sont assujettis au passage en cas d'enclave, et cette servitude est une véritable servitude d'utilité publique, puisqu'elle est établie dans l'intérêt de l'agriculture (1).

479. Peut-on, par des conventions particulières, déroger aux lois qui établissent des servitudes d'utilité publique? L'article 6 du code civil répond à la question; par cela même que ces servitudes sont d'intérêt général, les lois qui les créent concernent l'ordre public, en prenant cette expression dans son sens le plus large; dès lors l'article 6 est applicable. Telles sont les servitudes établies par l'ordonnance de 1669 pour la conservation des forêts. On pourrait croire que ces servitudes, en tant qu'elles s'appliquent à des bois appartenant à des particuliers, sont d'intérêt privé, et que par suite les propriétaires, seuls intéressés, peuvent renoncer à des garanties qui n'ont été introduites qu'en leur faveur. Mais la cour de cassation a très-bien jugé que l'ordonnance, par la nature et l'objet de ses dispositions, est une loi de police générale et d'ordre public (2). Cela décide la question. Elle a fait l'objet d'un débat solennel devant les chambres réunies de la cour de cassation de France. L'espèce était on ne peut pas plus favorable aux usagers. Un traité intervenu entre le duc de Mazarin et les usagers de la forêt de Mayenne permettait à ceux-ci de faire paître leurs bestiaux dans toute l'étendue de la forêt, à la réserve des lieux où seraient les coupes âgées de sept ans et au-dessous. Ce traité, œuvre de Colbert, dérogeait à l'ordonnance. La cour de cassation déclara le traité nul comme contraire à une loi d'ordre public (3). Dans un autre procès, les usagers invoquaient une trans-

(1) Arrêt de rejet du 7 mai 1829 (Dalloz, au mot *Action possessoire*, n° 454).
(2) Arrêt de cassation de la chambre criminelle du 22 juin 1826 (Dalloz, au mot *Forêts*, n° 1539, 4°).
(3) Arrêt de cassation du 19 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Forêts*, n° 1463).

action par laquelle le seigneur avait renoncé à toute poursuite judiciaire à raison des délits qui pourraient être commis dans ses forêts. Plus la transaction était favorable aux usagers, plus elle était en opposition avec un principe fondamental de droit ; on ne peut, même par un motif d'humanité, déroger à une loi d'ordre public. La cour de Bourges avait cru devoir exécuter la convention ; son arrêt fut cassé (1). Il va sans dire que le même principe serait applicable aux conventions qui affranchiraient les fonds riverains des servitudes qui les grèvent au profit des bois de l'Etat et des communes en vertu du code forestier.

SECTION III. — Des servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers.

§ Ier. *De la copropriété avec indivision forcée.*

No 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

480. Il arrive parfois qu'une chose est affectée à l'usage commun de deux ou de plusieurs héritages appartenant à des propriétaires différents, et que cette chose forme un accessoire indispensable de ces héritages, en sorte que l'exploitation en deviendrait impossible, ou du moins serait entravée si les propriétaires intéressés ne pouvaient pas se servir de la chose dont l'usage est commun. Nous donnerons des exemples empruntés à la jurisprudence.

Dans l'ancienne province de Béarn, il est d'usage presque général que les maisons ne sont pas séparées par un mur mitoyen ; elles se trouvent dans un état complet d'isolement et forment ce que les Romains appelaient des îles. On donne le nom de *ruelle* ou de *venelle* à l'étroit espace de terre qui existe entre les maisons. Ces *ruelles* sont destinées à recevoir les eaux pluviales qui découlent des toits, elles servent à l'écoulement des eaux ménagères et à l'établissement de lieux d'aisances. Tout fait présumer, dit la

(1) Arrêt de cassation du 26 mars 1847 de la chambre criminelle (Dalloz, 1847, 1, 350).

cour de Pau, que les *venelles* ont été établies dans l'intérêt commun des propriétaires contigus, et qu'elles leur appartiennent en commun, de même qu'ailleurs les murs qui séparent deux bâtiments sont mitoyens (1).

Dans l'ancienne Provence, on appelle *chemins voisinaux* ou *de quartier* les chemins de desserte qui, traversant plusieurs propriétés, servent à l'exploitation de tous les héritages riverains, qu'ils mettent en communication avec les voies publiques qui se trouvent au commencement et à la fin de ces chemins. Ils sont présumés, dit la cour de cassation, avoir été établis, à leur origine, par tous les voisins intéressés à leur création, et ils constituent par conséquent entre eux une propriété commune dans tout leur développement (2).

481. Une première difficulté se présente en cette matière, et elle est grande. Comment prouvera-t-on que les choses nécessaires à plusieurs propriétaires contigus leur sont communes? Ne peuvent-elles pas être la propriété exclusive de l'un des voisins, et être grevées d'une servitude au profit des autres? Comment distinguera-t-on la copropriété de la servitude? La propriété peut s'acquérir par prescription, tandis que la servitude de passage ne se prescrit pas. Il y a donc une possession qui peut être invoquée par les riverains, c'est celle qui conduit à la propriété; et il y a une possession qui ne peut pas être invoquée, c'est celle qui conduirait à la servitude. Comment distinguer ces deux espèces de possession? N'arrivera-t-il pas que, ne pouvant se prévaloir de la possession pour l'acquisition de la servitude de passage, les riverains s'en prévaudront pour établir la propriété à leur profit? Nous avons examiné ces questions plus haut (3). La jurisprudence, comme on vient de le voir, a tranché la difficulté en créant des présomptions. C'est étrangement abuser de ce moyen facile, mais dangereux de décider les contestations. Le code ne lui accorde pas plus de confiance qu'à la preuve testimoniale, et l'on sait combien il se défie des témoignages (art. 1353).

(1) Pau, 29 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 144).
(2) Arrêt de rejet du 20 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 383).
(3) Voeyz, plus haut, p. 192, nos 164-168.

En dehors des présomptions de l'homme qui ne sont admissibles que lorsque la valeur du litige ne dépasse pas cent cinquante francs, il n'y a d'autres présomptions que celles qui sont établies par la loi; et où est la loi qui présume que les choses nécessaires à plusieurs personnes leur appartiennent en commun? La cour de Pau invoque la présomption de mitoyenneté que la loi établit pour les murs qui séparent deux bâtiments. Cela a au moins une apparence d'argument juridique, mais ce n'est qu'une apparence : n'est-il pas de principe élémentaire que les présomptions sont de la plus stricte interprétation, et qu'on ne peut jamais les étendre d'un cas à un autre, fût-ce par raison d'analogie?

Il faut donc laisser là les prétendues présomptions, imaginées pour le besoin de la cause, et s'en tenir aux principes généraux qui régissent les preuves. C'est au demandeur à établir le fondement de sa demande. Il se prétend propriétaire; eh bien, qu'il le prouve. Cela est difficile, soit, mais la difficulté de la preuve n'est pas une raison pour recourir à des présomptions que la loi ignore. Nous trouvons l'application de ces principes dans un arrêt de la cour de Bruxelles. Les titres invoqués par les parties étaient obscurs, insuffisants. Il fallut procéder à une visite d'experts pour constater l'état des lieux et en même temps la possession. Or, il fut prouvé que de temps immémorial il existait entre deux maisons un de ces étroits espaces que l'on appelle en France *ruelle* ou *venelle*. Entre autres usages, cette ruelle servait à recevoir les eaux pluviales qui découlaient des toits des deux maisons; à cet effet l'on avait pratiqué une rigole en maçonnerie creusée dans le terrain litigieux. L'un des voisins réclamait la propriété exclusive de la ruelle, mais il ne prouvait pas qu'il eût jamais fait quelque acte de propriété exclusive. Au contraire, l'état des lieux et une possession immémoriale témoignaient contre ses prétentions. Les fondations qui existaient sous la ruelle ne formant qu'une épaisseur, selon l'expression des experts, étaient mitoyennes; dès lors la rigole superposée sur ces fondations était aussi mitoyenne; et par voie de conséquence, la ruelle

devait être considérée comme telle. Pour mieux dire, une possession immémoriale constatait la copropriété du terrain litigieux (1).

482. Cette copropriété entraîne-t-elle une indivision forcée? On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Toutes les fois qu'entre deux propriétés et deux établissements principaux, possédés principalement par deux différents propriétaires, il existe un objet accessoire, une dépendance tellement nécessaire à l'exploitation de deux propriétés principales, que, sans sa possession et jouissance commune, lesdites propriétés principales seraient ou de nul usage ou d'un usage notablement détérioré, alors, pour ne pas sacrifier le principal à l'accessoire, il n'y a pas lieu à partage dudit objet accessoire (2). » Dans l'espèce, il s'agissait de la dépendance d'un moulin dont la jouissance commune était absolument nécessaire à l'exploitation de deux propriétés contiguës. Les parties elles-mêmes avaient reconnu cette nécessité, en convenant que le partage ne pourrait pas être demandé. Il est certain que cette convention n'aurait pas empêché la demande de partage. En effet, aux termes de l'article 815, « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et *conventions* contraires. » La convention était donc nulle. Mais comment l'indivision peut-elle être forcée, alors qu'une disposition d'ordre public réprouve l'indivision forcée? La cour de cassation a senti la puissance de l'objection; l'arrêt que nous venons de transcrire ajoute que « les deux propriétaires sont censés demeurer, à cet égard, moins dans une indivision que dans une *servitude réciproque* l'un envers l'autre. » Un autre arrêt dit que cette communauté de certaines parties des objets divisés constitue une servitude réciproque de l'un des propriétaires envers l'autre (3). C'est ce que les auteurs appellent servitude d'indivision.

(1) Bruxelles, 29 mars 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 146). Comparez arrêts de rejet du 10 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 1107, 2°) et du 12 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 346).

(2) Arrêt de rejet du 10 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1520).

(3) Arrêt de rejet du 21 août 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 33, 2°)

L'expression est mal choisie ; il ne peut être question d'une servitude dans l'espèce, puisque aucun des caractères de la servitude n'existe (1). Ce serait donc une obligation, et une obligation légale; mais comment admettre une obligation légale sans loi? bien plus, une obligation légale contraire à la disposition expresse de l'article 815? Dire avec la cour de cassation qu'il n'y a pas indivision forcée, qu'il y a servitude réciproque, c'est se payer de mots. La vérité est qu'il y a des copropriétaires qui ne peuvent pas demander le partage, donc ils sont en état d'indivision, et cette indivision est réellement forcée. Naît maintenant la question de savoir si l'article 815 permet qu'il y ait une indivision forcée. Cela nous paraît bien douteux.

La seule raison que les auteurs et la jurisprudence invoquent, c'est la nécessité. Il est impossible de partager la chose commune, on le suppose; si le partage était possible, l'article 815 reprendrait son empire. La licitation est tout aussi impossible; en effet, elle aboutirait à donner la propriété exclusive de la chose à l'un des copropriétaires, et comment l'autre exploiterait-il son héritage, alors qu'il n'aurait plus l'usage de la chose sans laquelle l'exploitation ne peut se faire? A notre avis, une impossibilité de fait ne peut être opposée à une loi d'ordre public. En effet, d'où vient cette impossibilité? Elle vient en définitive des parties. Si l'on remonte à l'origine de la copropriété des ruelles, des chemins d'exploitation, des cours, que trouve-t-on? Une convention qui consacre une chose à un usage commun. Ce sont donc les parties qui, en établissant une copropriété, la rendent indivise avec cet effet que l'indivision sera perpétuelle. N'est-ce pas contrevenir ouvertement à la prohibition de l'article 815? Vainement fait-on appel à la nécessité. Ce sont les parties intéressées qui ont créé cette nécessité. Prenons le cas le plus favorable. On partage une maison et on laisse la porte cochère et la cour communes entre les copartageants; c'est l'espèce

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 411 et note 1. Comparez les auteurs qui y sont cités.

dans laquelle est intervenu l'arrêt de la cour de cassation de 1832, et celui de 1823 a pour objet un cas à peu près identique. Sans doute, après le partage, il devient impossible d'exploiter les deux fractions de maison sans l'usage commun de la porte et de la cour. Mais qui a mis les copartageants dans cette impossibilité? Leur propre fait. Ils ont voulu partager une chose qui était impartageable, puisqu'il n'y avait qu'une cour et qu'une porte pour une maison que l'on voulait partager en deux parties. Ce n'était pas là la voie légale; quand une chose est impartageable, on la licite (art. 1686). Au lieu de la liciter, les copropriétaires trouvent bon de maintenir l'indivision pour la porte et la cour en partageant la maison; ils se mettent donc par leur propre volonté dans une impasse. En effet, les voilà propriétaires chacun d'une maison sans porte exclusive et sans cour; ils possèdent en commun ces choses indispensables. Mais si l'un d'eux demande le partage de la cour et de la porte, que répondra l'autre? Qu'il y a indivision par nécessité? C'est lui-même qui s'est mis dans cette nécessité; c'est aussi à lui à en subir les conséquences. La conséquence ne peut pas être qu'il dépend de celui qui volontairement a créé une copropriété, de la rendre indivise à perpétuité malgré le législateur.

Le plus souvent l'impossibilité que l'on invoque n'existe même pas. Où est la nécessité d'avoir une *ruelle* pour y déverser les eaux pluviales? La loi y a pourvu en permettant aux propriétaires de les laisser écouler sur la voie publique. Quant aux eaux ménagères, c'est aux autorités locales à pourvoir à leur écoulement. Faut-il ajouter que les lieux d'aisances peuvent et doivent être pratiqués dans chaque maison? Dans la plupart des provinces, on ne sait ce que c'est que des *venelles;* la prétendue nécessité qui exige leur indivision vient donc encore d'un fait volontaire. Il en est de même des *chemins voisinaux*. La nécessité d'un passage n'existe que là où il y a enclave, et le code y a pourvu. Nous n'entendons pas contester l'utilité qu'il peut y avoir, dans quelques circonstances, d'user des choses communes avec indivision forcée. Mais l'article 815 prohibant l'indivision forcée par des motifs d'ordre public, le

législateur seul aurait pu admettre une exception. Il n'y a pas d'exception sans loi ; il ne peut surtout pas y en avoir alors qu'il s'agit de déroger à une loi d'ordre public.

483. Quels sont les droits des copropriétaires? Il est certain qu'ils ont les droits qui appartiennent en général aux communistes. Ils sont propriétaires, donc ils peuvent user de la chose, l'employer à tous les usages auxquels elle est destinée par sa nature ; on applique donc aux communistes les principes qui régissent la propriété, on n'applique pas les principes bien plus restreints qui régissent l'exercice des servitudes. Mais les communistes ne sont pas propriétaires exclusifs, ils sont copropriétaires, et chacun a un droit égal sur la chose ; de là suit que le droit de l'un est nécessairement limité par le droit de l'autre, en ce sens que l'un ne peut user de la chose commune de manière à empêcher les autres d'en user, ou de porter atteinte à leur droit. Telle est la règle générale pour tout communiste. Reçoit-elle une modification dans le cas d'indivision forcée? On le prétend : chacun, dit-on, peut user de la totalité de la chose commune et de ses diverses parties comme d'une chose à lui appartenant (1). Si l'indivision était réellement forcée, on pourrait dire qu'elle est née du besoin que chacun des communistes avait de toute la chose, et par conséquent de ses diverses parties, que chacun doit donc être considéré comme étant seul et unique propriétaire. Mais le point de départ même est contestable. Nous n'admettons pas qu'il y ait indivision forcée. Toutefois il y a une nuance entre la copropriété dont nous parlons et la copropriété ordinaire. Qu'elle soit forcée ou non, toujours est-il qu'elle n'a pris naissance que parce que tous les communistes avaient un besoin égal de la chose qu'ils mettent ou qu'ils laissent en commun ; elle leur est nécessaire pour le tout, donc ils peuvent en user pour le tout ; et le juge doit, dans la décision des contestations qui s'élèvent entre eux, se montrer plus large que s'il s'agis-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 412. Comparez Caen, 24 août 1843 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 764, 2°).

sait d'une indivision ordinaire. Voilà, nous semble-t-il, une différence qui résulte de la nature de cette copropriété : chacun a un droit plus étendu, mais par cela même chacun doit aussi tolérer plus de son copropriétaire, et le juge n'écoutera pas facilement les plaintes que l'un d'eux fera contre l'autre ; ils doivent supporter ces inconvénients, puisque chacun les cause à son tour.

484. Nous allons appliquer le principe à la copropriété d'une ruelle ou d'une cour. On demande si chacun des voisins peut pratiquer dans son bâtiment des jours ou des vues, sans observer les dispositions restrictives des articles 676 et suivants. Il nous semble qu'il faut consulter avant tout la destination de la chose commune, puisque le principe est que chacun des communistes a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elle est destinée. S'agit-il d'une cour, il n'y a guère de doute, elle est destinée à donner l'air et la lumière aux bâtiments contigus ; l'intention des propriétaires qui la laissent en commun est donc que chacun puisse ouvrir sur la cour telles vues qu'il juge convenables. Nous ne sommes pas dans le cas prévu par les articles 676 et suivants. Le code suppose des propriétés exclusives dont les maîtres ont en principe le droit de s'opposer à toute vue donnant sur leur héritage ; tandis que, dans l'espèce, deux propriétaires ont laissé en commun une cour qui doit procurer à chacun l'air et la lumière ; ils dérogent donc, par la convention d'indivision, aux restrictions qui ont leur raison d'être dans la propriété exclusive ; sans doute, il en résultera des inconvénients pour le copropriétaire, mais il doit les supporter, puisque lui, de son côté, peut les causer au voisin (1). Faut-il appliquer le même principe aux *ruelles?* C'est une question de fait plutôt que de droit, puisque l'intention des parties est décisive. On ne peut pas dire *a priori* et d'une manière absolue que les ruelles servent au passage, et non à procurer l'air et la lumière aux bâtiments contigus, pas plus qu'on ne peut affirmer le contraire ; dans le doute, il faut se prononcer

(1) Arrêt de Caen précité, et Angers, 26 mai 1847 (Dalloz, 1847, 4, 447). Comparez Demolombe, t. XII, nº 565.

pour le droit le plus large. C'est ce que fait la jurisprudence (1).

La cour de cassation avait d'abord appliqué la loi d'une manière restrictive, en ce sens que le copropriétaire d'une ruelle ne pourrait y avoir des vues droites, qu'autant qu'il laisserait un espace de dix-neuf décimètres (six pieds) entre le bâtiment où elles sont pratiquées et le milieu de la ruelle (2). C'était une fausse interprétation de la copropriété; précisément parce que la ruelle est une propriété commune, on ne peut pas dire que la propriété de chacun des communistes n'est censée s'étendre que jusqu'à la moitié de la ruelle, elle s'étend sur toute la ruelle; la vue porte donc tout ensemble sur la propriété de celui qui la pratique et sur la propriété de son voisin. C'est dire que la question ne doit pas se décider par les principes qui restreignent le droit d'ouvrir des vues à raison de la propriété exclusive des voisins; elle se décide par les principes plus larges qui découlent de la copropriété. La cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence. Dans la nouvelle espèce, la ruelle avait une largeur de vingt-sept décimètres. L'un des propriétaires éleva son bâtiment et pratiqua des vues donnant sur la ruelle. L'autre communiste réclama; il disait, en s'appuyant sur la première jurisprudence de la cour, que l'héritage du voisin commençait à la ligne fictive qui divise la ruelle en deux parties égales ; la ruelle n'ayant que vingt-sept décimètres de largeur, les vues nouvelles ne se trouvaient pas à la distance légale de 19 décimètres. C'était placer le débat sur le terrain de la propriété exclusive régie par l'article 678. Il faut, dit le rapporteur, M. Mesnard, la placer sur le terrain de la copropriété. Lorsqu'une chose est commune, la jouissance des communistes comprend tous les modes que comportent la nature et la destination de la chose. Le droit de chaque communiste est complet sur le tout et sur chaque partie,

(1) Bourges, 13 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Commune*, n° 1441). Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 414, note 15.

(2) Arrêt de rejet du 5 mai 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 765). Comparez, dans le même sens, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 413, note 14.

et il se peut exercer dans une étendue qui n'a d'autres bornes que le droit égal de l'autre communiste. Quelle est la destination d'une ruelle? La loi ne lui en donne pas, comme elle le fait en cas de mitoyenneté; on suppose que la convention des parties n'en a pas limité l'usage à une destination spéciale ; dès lors le propriétaire est en droit d'y ouvrir des vues, l'autre communiste pouvant user du même droit. Dans l'espèce, il ne pouvait guère y avoir de doute, puisque celui des communistes qui avait pratiqué des vues possédait déjà une porte et une fenêtre donnant sur la ruelle; il était donc prouvé que la ruelle servait à recevoir l'air et la lumière : ce qui était décisif. La cour jugea que l'un des copropriétaires d'une chose commune peut en user librement, pourvu qu'il n'en change pas la destination légale ou conventionnelle, et qu'il ne porte pas atteinte au droit réciproque de jouissance de l'autre communiste (1).

485. Le droit des communistes est limité par le droit égal des copropriétaires. Quelle est cette limite? Il a été jugé que l'un des copropriétaires ne peut sans le concours des autres, ou sans le faire juger avec eux, changer l'état des lieux (2). Cet arrêt ne décide pas que les communistes ne peuvent faire aucune innovation, il veut seulement que celui qui se propose de faire des changements demande le consentement des autres propriétaires, sauf à s'adresser à la justice, s'ils refusent leur concours. Il peut donc y avoir des innovations malgré l'opposition des communistes. En effet, faire des changements, des travaux d'amélioration, est un droit du propriétaire; or, le communiste est propriétaire, il est donc dans son droit en innovant; mais il n'est pas propriétaire exclusif, il doit par conséquent exercer son droit de manière à ne pas nuire aux autres. Ceux-ci ont le droit de réclamer, non à cause du seul fait de l'innovation, mais quand l'innovation leur cause un préjudice; si leur droit n'est pas lésé ni amoindri, ils ne peu-

(1) Arrêt de rejet du 31 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1, 256). Comparez arrêt de rejet du 10 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 139), et les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 764, n°s 1 et 3.

(2) Arrêt de rejet du 17 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 921).

vent pas se plaindre. Les tribunaux ont, en cette matière, un pouvoir de conciliation qui résulte de la nature des choses. Il en est ainsi dans les contestations qui s'élèvent entre les riverains sur l'usage des eaux, parce que cet usage aussi est une espèce de copropriété, impliquant un droit égal (art. 645). On doit en dire autant de la copropriété indivise. Il est difficile que l'un des copropriétaires fasse des changements sans qu'il en résulte quelque inconvénient pour les autres, ne fût-ce qu'un dérangement dans leurs habitudes. Est-ce à dire que le moindre préjudice suffise pour leur donner action? La cour de Metz a très-bien jugé que les tribunaux doivent peser les avantages que produit l'innovation pour l'un et les désavantages qui en résultent pour les autres, et autoriser en conséquence ou défendre les travaux (1).

C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si les copropriétaires peuvent se servir de la chose commune pour d'autres biens que ceux qui ont motivé l'indivision. Lors d'un partage, les copartageants laissent en commun un terrain pour servir de passage; peuvent-ils s'en servir pour des biens qui ne sont pas compris dans le partage? S'il ne résulte de cette extension du droit de copropriété aucun préjudice pour les autres communistes, ceux-ci ne peuvent pas s'y opposer. C'est un droit du propriétaire de faire de sa chose tel usage qui lui convient; seulement en cas de copropriété, ce droit doit se concilier avec celui des autres communistes. Si, en étendant l'usage à des biens pour lesquels l'indivision n'a pas été créée, le copropriétaire nuit aux autres communistes, il y a usage abusif, et les tribunaux le réprimeront (2).

486. Les charges des copropriétaires sont communes, cela n'est pas douteux; on demande dans quelle proportion. Au premier abord, on pourrait croire que chacun ayant un droit égal sur toute la chose, les charges doivent être supportées d'après le même principe d'égalité, c'est-à-dire par moitié, sans prendre en considération la valeur

(1) Metz, 6 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 196). Dans le même sens, Caen, 23 avril 1847 (Dalloz, 1849, 5, 362).
(2) Paris, 6 novembre 1863 (Dalloz, 1863, 2, 212).

des deux propriétés. En effet, la chose commune offre le même avantage et produit la même utilité aux deux propriétaires; dès lors la charge doit être strictement égale. L'opinion contraire prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence. Elle se fonde sur le texte du code. L'article 664, dont nous allons nous occuper, décide que lorsque les divers étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, les choses communes, telles que les gros murs et le toit, sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient, bien que ces choses profitent à tous (1). Mais ne pourrait-on pas objecter que le cas réglé par l'article 664 est tout à fait spécial? Nous dirons plus loin que la décision du code est fondée sur l'équité. Dans le cas que nous supposons, d'une cour ou d'une ruelle commune, l'équité demande, au contraire, un partage égal des charges, puisque les avantages sont égaux. Il est vrai que lorsqu'il s'agit d'un passage, on peut dire qu'il profite plus à celui dont l'héritage a plus de valeur, en ce sens que cet héritage étant plus grand, donnera lieu, en général, à un passage plus fréquent. Les tribunaux pourront tenir compte des circonstances particulières de chaque cause, puisqu'ils ne sont pas liés par un texte de loi. La règle serait donc celle-ci : chacun des communistes contribue aux charges d'après son intérêt, et les tribunaux décident dans chaque espèce quel est cet intérêt.

N° 2. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 664.

487. L'article 664 suppose que les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires. Chaque étage fait l'objet d'une propriété exclusive; mais il y a des choses communes; le code cite les gros murs et le toit; nous dirons à l'instant qu'il y en a encore d'autres. Sous ce rapport, l'hypothèse de l'article 664 rentre dans celle de la copropriété. Mais c'est une espèce particulière. Elle ne doit pas être usitée en Belgique, car nous ne trouvons

(1) Demolombe, t. XI, p. 513, n° 448; Aubry et Rau, t. II, p. 414, note 18. Lyon, 5 février 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 924).

pas d'arrêt sur la matière dans nos recueils de jurisprudence. Plusieurs coutumes de France en parlent; Basnage dit que cela arrive souvent dans les villes. L'usage s'est maintenu dans quelques localités (1). Il n'a guère d'importance. Quoi qu'en disent les communistes, la société moderne s'éloigne de la communauté, bien loin d'y tendre comme vers un idéal. Ce que les hommes recherchent et ce qu'ils ambitionnent, c'est un coin de terre où ils soient les maîtres de s'arranger un intérieur à leur guise : nous devenons de plus en plus individualistes. La communauté est une exception qui sera de plus en plus rare. C'est une raison pour passer rapidement sur la singularité juridique dont traite l'article 664.

488. Nous disons qu'il y a copropriété, mais sur quoi porte-t-elle? Ce n'est pas sur la maison même, car la loi dit que « les différents étages de la maison appartiennent à divers propriétaires; » chaque étage fait donc l'objet d'une propriété particulière, et ce sont bien les différents étages qui composent la maison. Toutefois pour qu'il y ait une maison, il faut un sol, des fondements, des murs, un toit; voilà des choses sans lesquelles il n'y a pas d'étages, pas de bâtiment : à qui appartiennent-elles? Pas plus au propriétaire du rez-de-chaussée qu'au propriétaire du premier étage ou d'un étage supérieur; il faut donc qu'elles appartiennent à tous, puisque tous en ont besoin. Le code ne le dit pas, mais cela résulte de la force des choses; l'article 664 dit seulement que les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, ce qui implique que le droit sur ces choses est aussi commun. Il a été jugé, par application de ces principes, que le sol sur lequel la maison est bâtie est la propriété commune de tous, puisqu'il est nécessaire pour tous les étages (2). Il peut encore y avoir d'autres choses communes, telles que la cave, le grenier, la cour, le puits, la fosse d'aisances; cela dépend du titre qui constitue cette communauté (3).

(1) Demolombe, t. XI, p. 494, n° 425 *bis*.
(2) Arrêt de rejet du 22 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 443).
(3) Aubry et Rau, t. II, p. 415 et notes 20-23, et les autorités qui y sont citées.

489. D'après le texte du code, il y a donc tout ensemble propriété particulière, divisée pour les divers étages, et copropriété indivise pour certaines choses qui sont nécessaires à tous. De là suit que les droits et les obligations des propriétaires doivent être déterminés par les principes qui régissent la propriété et la copropriété. Il y a sur ce point, qui est capital, quelque incertitude dans la jurisprudence. On lit dans un arrêt de la cour de Grenoble que l'article 664 établit moins entre les divers propriétaires une société ou commune propriété, qu'une servitude réciproque (1). La différence est grande entre les deux principes. Comme le dit la cour de Grenoble, s'il y a servitude, on doit la restreindre dans les limites tracées par le titre qui traite des *servitudes*; tandis que s'il y a propriété et copropriété, il faut appliquer les règles bien plus larges que le code trace au titre de la *Propriété*, et celles qu'à défaut de texte la doctrine établit sur la copropriété; or, les copropriétaires ont des droits plus étendus que ceux qui ne jouissent que d'une servitude. Cujas en a fait la remarque, et la chose est évidente (2) : les communistes sont propriétaires, ils ont donc un droit d'user et de disposer que l'on ne peut reconnaître à ceux qui n'ont qu'un démembrement de la propriété. Il importe que l'interprète ait un principe certain : est-ce propriété et copropriété? ou est-ce servitude?

La cour de Grenoble ne donne d'autre raison à l'appui de sa doctrine, sinon que l'article 664 est placé au titre des *Servitudes*. Mauvais argument, car précisément dans le chapitre des servitudes légales, où se trouve l'article 664, il n'y a qu'une seule disposition qui consacre une vraie servitude, c'est celle qui établit une servitude de passage en faveur des propriétés enclavées. La section Ire, notamment, qui contient l'article 664, traite de la mitoyenneté : est-ce que la mitoyenneté est une servitude? Si l'on veut argumenter de la classification du code, il faut dire plutôt que l'article 644, placé au milieu des dispositions relatives

(1) Grenoble, 15 juin 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 918, 2°).
(2) Cujas, sur la loi 28, D., *de communi divid.* (X, 3), Œuvres, t. IV, p. 121, édit. de Lyon.

à la mitoyenneté, doit aussi se rapporter à une espèce de copropriété.

Un autre arrêt commence par dire que le droit des propriétaires d'une maison, divisée comme le suppose l'article 664, est une copropriété, puis il ajoute que le passage établi par cet article d'un escalier à l'autre est évidemment une servitude, parce que c'est une charge imposée sur le premier étage pour l'usage et l'utilité du deuxième étage appartenant à un autre propriétaire. Si c'est une servitude, c'est une servitude légale, puisque la loi met l'escalier de chaque étage à charge du propriétaire de l'étage auquel il conduit. Or, les servitudes et surtout les servitudes légales sont de stricte interprétation (1). Il est vrai que la loi dit que le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, mais elle ne le décide ainsi qu'à défaut de titres, et pour prévenir les difficultés inextricables auxquelles aurait donné lieu, soit la réparation, soit la reconstruction de chaque escalier. Ce n'est donc pas une disposition de principe, c'est une de ces dispositions, comme on en trouve beaucoup dans le code, qui ont pour objet d'empêcher les procès. Après tout, la loi ne prononce pas le mot de servitude, et l'on pourrait soutenir, comme on l'a fait, que les escaliers appartiennent en commun à ceux qui s'en servent, quoique tous ne contribuent pas d'une manière égale aux dépenses qu'ils occasionnent (2).

490. Le code ne s'explique que sur les charges communes et les charges particulières ; encore est-il incomplet. Il met les gros murs et le toit à la charge de tous les propriétaires. Ce principe s'applique naturellement à toutes les choses dont l'usage est commun, ainsi qu'aux charges qui pèsent sur la maison comme telle ; l'impôt foncier est une charge commune, parce qu'il est assis sur la maison. Dans quelle proportion les divers propriétaires contribuent-ils aux charges communes ? Chacun les supporte, dit l'article 664, en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. C'est une disposition d'équité. D'après le droit

(1) Aix, 26 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114).
(2) Duranton, t. V, p. 384, n° 331.

strict, les charges communes devraient être supportées, non en proportion de la valeur des étages, mais en proportion du nombre des ayants droit; est-ce que chaque étage ne retire pas le même avantage du toit, quelle que soit sa valeur? Quant aux choses dont l'usage est commun, mais dont l'un use plus que l'autre, la charge devrait être en proportion de l'usage : ce règlement aurait été très-difficile et aurait donné lieu à des contestations tous les jours renaissantes; le code les a prévenues en décidant d'après l'équité que chaque propriétaire contribue d'après la valeur de l'étage qu'il occupe, par conséquent d'après sa fortune présumée (1).

Quant aux charges particulières, le code dispose que le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche; que le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; que le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. Cette dernière disposition n'est pas très-équitable quand le grenier est commun, car le propriétaire du rez-de-chaussée se servira de tous les escaliers sans contribuer en rien aux frais. Il y a une charge dont la loi ne parle pas, c'est la contribution personnelle, que l'on appelle l'impôt des portes et fenêtres; comme la quotité dépend du nombre des portes et des fenêtres, et de la valeur du mobilier ainsi que du montant du loyer, il est juste qu'il soit réparti entre les divers propriétaires d'après ces bases (2).

491. Le code ne dit rien des droits dont jouissent les divers propriétaires. Il suppose que les divers étages leur *appartiennent*. Ce mot implique un droit de propriété, droit absolu, exclusif. Il faut donc dire, avec la cour de cassation, que les propriétaires du rez-de-chaussée et des étages supérieurs ont chacun la propriété absolue de la partie de la maison qui leur appartient (3). Il ne peut être question ici de servitude, ni de copropriété; il y a plusieurs propriétaires en présence, chacun est seigneur et maître dans

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 415, notes 24 et 25. Duranton, t. V, p. 387, nº 346. Demolombe, t. XI, p. 495, nºs 427-430.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 416 et notes 26 et 27, et les auteurs qui y sont cités.

(3) Arrêt de rejet du 22 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 444).

son petit domaine, il y fait ce qu'il veut; son droit n'a d'autre limite que celui du droit de ses voisins; leurs rapports sont régis par les principes généraux, d'après lesquels la propriété de l'un est nécessairement limitée par la propriété de l'autre.

Il n'en est pas de même du droit que les divers propriétaires ont sur les choses communes; c'est un droit de copropriété. Or, la copropriété, si elle donne des droits plus étendus que ceux qui naissent de la servitude, n'est pas aussi absolue que la propriété exclusive. On dit du propriétaire qu'il a le droit d'abuser, on ne peut certes pas dire cela du communiste; car en abusant, il détruirait et violerait par conséquent un droit égal au sien, celui de ses copropriétaires. L'article 544 dit aussi que le propriétaire a le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue. Il ne peut plus être question d'un droit absolu, quand une chose appartient en commun à plusieurs personnes; chacune ayant un droit égal, le droit de l'une modifie nécessairement le droit de l'autre, en ce sens que l'une ne peut pas faire de la chose commune un usage qui compromett. le droit identique des autres.

492. Les principes sont certains, mais l'application est très-délicate, car il s'agit d'un droit qui n'a rien de défini, qui touche d'un côté à la liberté du propriétaire et qui d'un autre côté subit des restrictions, comme si c'était une servitude. Il y a un autre écueil dans cette espèce singulière: les propriétaires des divers étages ont tout ensemble un droit absolu sur l'étage qui leur appartient et un simple droit de copropriété sur les parties de la maison qui sont communes à tous. Il faut bien se garder de confondre ces deux droits qui sont exercés par la même personne sur les diverses parties d'une même chose. Nous signalons l'écueil parce que la confusion existe dans la jurisprudence. La cour de Caen avait à juger la question de savoir si le propriétaire du rez-de-chaussée pouvait y établir une chaudière à vapeur. Elle la décida négativement par la raison que le partage d'une maison par étages fait naître des obligations entre les copropriétaires; que le propriétaire de l'un des étages ne peut pas en user de manière à porter

préjudice aux propriétaires des autres étages (1). C'est appliquer le principe de la copropriété à la *propriété exclusive*, car le propriétaire de chaque étage a un droit absolu, comme l'a dit la cour de cassation ; or, celui qui use de son droit ne cause aucun préjudice, à moins qu'il ne lèse un droit. C'est donc par les principes de la *propriété* que la question devait être décidée et non d'après les principes de la *copropriété*.

Dans une autre espèce, le propriétaire du rez-de-chaussée demandait à former des arcs de boutique au lieu des croisées qui y existaient ; le tribunal ordonna une expertise, et la cour jugea que le propriétaire de chaque étage pouvait, à la vérité, y faire des innovations, mais à la condition qu'il n'en résulte ni dommage ni danger pour les propriétaires des autres étages. Le mot de *dommage* est trop vague, comme nous venons de le dire : c'est un propriétaire exclusif qui peut faire dans sa propriété ce qu'il veut, pourvu qu'il ne lèse pas les droits des autres ; or, un simple dommage n'est pas la lésion d'un droit (2).

Il faut ajouter une autre restriction qui résulte de ce que ce propriétaire exclusif est aussi copropriétaire du sol, des fondements, des murs, du toit et, en un certain sens, des escaliers. Dans la partie de la maison qui lui appartient, il peut faire ce qu'il veut, mais il ne peut disposer des choses communes, sinon comme copropriétaire. Sa qualité de communiste limite donc ses droits de propriétaire. C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question très-controversée de savoir si le propriétaire de l'étage supérieur peut l'exhausser. Nous n'hésitons pas à dire qu'il ne le peut pas. Exhausser, c'est bâtir, il n'y a que le propriétaire du sol qui puisse bâtir ; or, le sol est propriété commune, donc le consentement de tous les propriétaires serait nécessaire pour que la maison pût être exhaussée. La jurisprudence est très-divisée et très-incertaine sur cette question. Dans un arrêt de la cour de Grenoble, on lit que le propriétaire de l'étage supérieur peut faire chez lui ce

(1) Caen, 25 novembre 1848 (Demolombe, t. XI, p. 504, nº 438).

(2) Grenoble, 15 juin 1832 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 918, 2º). Dans le même sens, Nîmes, 3 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 918, 3º).

qu'il veut, à moins que cette innovation ne cause un préjudice aux autres (1). C'est mal poser la question, car celui qui exhausse, quelque petit que soit l'exhaussement, use du sol, des fondements et des murs, il agit donc comme copropriétaire et non comme propriétaire exclusif : a-t-il le droit, en sa qualité de communiste, de bâtir? Telle est la vraie difficulté. La cour de Paris a jugé que le propriétaire de l'étage supérieur peut exhausser, parce qu'il ne fait qu'user de son droit de propriété (2). Une autre cour a imaginé une servitude qui grève le propriétaire du rez-de-chaussée, et qui consiste à supporter ces étages; d'où elle conclut qu'il ne peut rien être fait qui aggrave cette servitude (3). Il ne faut pas être architecte, nous semble-t-il, pour affirmer que la cour s'est trompée : ce n'est pas le rez-de-chaussée qui supporte les étages supérieurs, c'est le sol, ce sont les fondements et les murs; or, toutes ces choses sont communes, il n'est donc pas question d'une servitude, mais de l'usage d'une chose commune par l'un des communistes. La cour d'Aix a contesté d'une façon absolue le droit d'exhausser, parce que l'exhaussement aggraverait la servitude de passage qui grève les escaliers (4). Nous avons d'avance réfuté cette manière de voir. Les auteurs sont divisés comme les tribunaux (5). Nous sommes entré dans le détail de ces dissentiments pour montrer combien il importe de poser des principes certains, sans lesquels le droit ressemble à un vaisseau sans mâts ni gouvernail.

493. Si la maison est détruite ou si elle menace ruine, les copropriétaires sont-ils obligés de la reconstruire? La même incertitude règne sur cette question. Il a été jugé que la démolition et la reconstruction des murs est une réparation nécessaire et indispensable à la jouissance de

(1) Grenoble, 12 août 1828 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 920, 1°) et 27 novembre 1821 (*ibid.*, n° 921, 1°).
(2) Paris, 17 mars 1838 (Dalloz, au mot *Propriété*, n° 385).
(3) Rouen, 22 mai 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 920, 2°).
(4) Aix, 26 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114).
(5) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 502, n° 437. Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 416 et note 31 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 921).

la chose commune et à la conservation de la maison, que par suite elle doit être supportée par tous (1). C'est toujours la confusion que nous venons de signaler entre le droit de propriété et le droit de copropriété. Il n'y a pas de maison commune, il ne peut donc pas s'agir d'une obligation de la conserver. Si l'un des propriétaires ne veut pas faire les frais d'une reconstruction, de quel droit les autres l'y contraindraient-ils? Il n'y a aucun lien entre eux, ni d'obligation, ni de copropriété; donc il ne peut pas y avoir d'obligation. Il n'y a de copropriété que celle du sol, des murs et du toit; cette copropriété est l'accessoire de la propriété de chaque étage; or, le principal ne dépend pas de l'accessoire, et si le propriétaire du principal ne veut pas le reconstruire, il en a le droit. Restent les choses communes : dans l'espèce, le sol et les matériaux; on les partagera ou on les licitera (2).

§ II. *De la mitoyenneté.*

N° 1. DÉFINITION.

494. La mitoyenneté est la copropriété, par portions indivises, d'un mur, d'un fossé ou d'une haie, servant de séparation et de limite à deux héritages contigus. D'après cette définition, la mitoyenneté constitue une véritable communauté avec indivision forcée. La loi ne dit pas d'une manière formelle qu'il y a indivision forcée, par dérogation à l'article 815, qui permet de demander toujours le partage d'une chose indivise; mais cela résulte implicitement de l'article 656 (3). Cet article suppose que le copropriétaire d'un mur mitoyen veut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions. S'il avait le droit de demander le partage, le moyen serait bien simple, le mur serait partagé, et il pourrait démolir la partie du mur qui se trouve sur son fonds, tandis que la loi dit qu'il doit

(1) Nîmes, 4 février 1840 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 930).
(2) C'est l'opinion de Demolombe, t. XI, p. 505, n° 440, suivie par Aubry et Rau, t. II, p. 417 et note 32. Comparez Duranton, p. 388, n° 347.
(3) Demolombe, t. XI, p. 340, n° 310. Aubry et Rau, t. II, p. 417, note 3.

abandonner le droit de mitoyenneté, y compris la propriété du sol sur lequel le mur est bâti. Cette dérogation à un principe qui est d'ordre public se comprend. L'indivision forcée est en général vue avec défaveur, nous en dirons les raisons au titre des *Successions;* tandis que la mitoyenneté est si favorable, que le code permet à chacun, dans les villes et faubourgs, de contraindre son voisin à construire un mur mitoyen et à le réparer (art. 663); elle permet encore à celui qui joint un mur de le rendre mitoyen malgré le propriétaire (art. 661). C'est que les avantages que présente une clôture, même mitoyenne, sont si grands que les inconvénients de la communauté disparaissent. Dans les villes, c'est une condition de sécurité et de paix. Dans les campagnes, le même motif d'intérêt général n'existe pas; aussi la construction d'une clôture mitoyenne y est-elle facultative; mais elle a toujours le grand avantage de délimiter les héritages, d'empêcher par conséquent les empiétements et les contestations des voisins. Sans doute une clôture qui serait la clôture exclusive de l'un des voisins offrirait les mêmes avantages; mais les frais de terrain et de construction arrêteraient souvent les propriétaires; en diminuant ces frais de moitié, la mitoyenneté écarte l'obstacle de la dépense; elle favorise donc la clôture, et la clôture, même avec indivision forcée, est préférable à des héritages ouverts.

495. Il y a d'autres différences entre la mitoyenneté et la copropriété ordinaire. Celle-ci est volontaire, tandis que dans les villes et faubourgs la mitoyenneté est forcée, comme nous venons de le dire; et partout, dans les campagnes aussi bien que dans les villes, le propriétaire d'un mur peut être forcé à en céder la mitoyenneté, ce qui est une espèce d'expropriation pour cause d'utilité privée; en réalité, il y a utilité publique, puisque la mitoyenneté est un élément d'ordre et de paix.

La loi favorise encore la mitoyenneté en donnant aux voisins un moyen facile de la prouver; il ne leur faut ni titre, ni possession; de simples présomptions suffisent, pour les murs, les haies et les fossés. Chacun des voisins ayant le même intérêt à la construction d'une clôture, la

loi a établi comme présomption fondée sur une probabilité, que toute clôture existant sur la limite séparative de deux héritages est présumée mitoyenne (art. 653, 666 et 670).

Enfin la loi favorise la mitoyenneté, en donnant aux copropriétaires des droits plus étendus que ceux dont jouissent en général les communistes. Quand une chose est indivise, l'un des copropriétaires ne peut faire des innovations sans le consentement des autres; tandis que la loi permet au copropriétaire d'un mur mitoyen de l'exhausser. On ne peut expliquer cette différence que par la faveur que la loi accorde à la mitoyenneté (1).

N° 2. DES MURS MITOYENS.

I. *Quand les murs sont mitoyens.*

496. Un mur est mitoyen lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les extrémités de leurs héritages, ou lorsque l'un des voisins l'ayant fait construire sur la limite de son fonds, l'autre en a acquis de lui la communauté. La mitoyenneté est donc essentiellement volontaire, c'est-à-dire conventionnelle. On ne devient propriétaire que par sa volonté; la copropriété aussi exige un concours de volontés. Dans l'ancien droit, les pays régis par les lois romaines ne connaissaient pas d'autre mitoyenneté que celle qui résulte des contrats. Il ne suffisait pas que l'un des voisins voulût avoir une clôture mitoyenne, l'autre y devait consentir; s'il refusait de concourir à la construction d'un mur commun, ou s'il ne voulait pas céder la mitoyenneté d'un mur dont il avait la propriété exclusive, le voisin y devait renoncer, et bâtir sur son fonds un mur qui lui appartînt en totalité. C'est l'application rigoureuse des principes romains : tout propriétaire est maître absolu de sa chose, et il en fait ce qu'il veut. Dans les pays coutumiers, l'intérêt public qui s'attache à la clôture avait introduit une restriction au droit exclusif de propriété : l'un des voisins pouvait forcer l'autre soit à construire un

(1) Mourlon, *Repétitions*, t. Ier, p. 767 et suiv.

mur mitoyen, soit à lui céder la mitoyenneté d'un mur qui lui appartenait. Les auteurs du code ont adopté sur ce point les principes de la coutume de Paris ; ils considèrent la mitoyenneté comme un devoir de bon voisinage. Ainsi, dit l'Exposé des motifs, la mitoyenneté est justement classée parmi les servitudes *légales* (1). Cela ne s'applique qu'aux murs mitoyens, puisque les fossés et les haies restent sous l'empire du droit commun. Et même pour la mitoyenneté des murs, il n'est pas exact de dire qu'elle constitue une servitude. La cession forcée de la propriété est à la vérité une restriction de la propriété; mais toute restriction apportée à la propriété n'est pas une servitude, sinon il faudrait dire que la propriété est toujours serve, car elle est, par sa nature, assujettie à des restrictions, comme nous l'avons dit plus haut; or, ce qui est l'état naturel de la propriété ne peut pas être considéré comme une servitude.

Nous n'avons rien à dire de l'acquisition de la copropriété par convention volontaire. On applique le droit commun (2). Nous n'avons à traiter que des dérogations au droit commun, concernant la construction forcée d'un mur mitoyen, ou l'acquisition forcée de la mitoyenneté.

a) *De la construction forcée d'un mur mitoyen.*

497. L'article 663 porte : « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, assis ès dites villes et faubourgs. » Cette disposition étant limitée aux villes et faubourgs, il importe de déterminer quelles sont les communes qui forment une ville, et jusqu'où s'étendent les faubourgs. On enseigne généralement qu'il appartient au gouvernement de décider si telle commune est ou non une

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. IV, p. 180).
(2) Jugé, par application de ce principe, que lorsque le propriétaire de deux maisons contiguës dispose de l'une des maisons, sans que le contrat contienne aucune réserve à l'égard du mur de séparation, ce mur devient mitoyen. (Bruxelles, 26 mai 1824, dans la *Pasicrisie*, 1824, p. 133).

ville, et si telles habitations font partie d'un faubourg ou d'une commune rurale. Nous ne voyons pas sur quoi cette opinion se fonde. Quand il y a un intérêt administratif en jeu, c'est sans doute au gouvernement à statuer. Mais, dans l'espèce, l'administration est hors de cause, il s'agit d'imposer certaines charges aux particuliers; la question étant purement d'intérêt privé, les tribunaux seuls ont mission de la décider. Alors même qu'il y aurait un acte administratif, il nous semble qu'il ne lierait pas le juge, car cet acte est étranger aux intérêts qu'il est appelé à régler. A plus forte raison, les tribunaux, en l'absence de tout acte administratif, ne doivent-ils pas renvoyer la décision à l'autorité administrative. La loi n'ayant pas classé les communes, ni déterminé les caractères auxquels on reconnaît une ville, la question devient une question de fait. Il n'y a rien d'absolu en cette matière. Telles communes prospèrent et croissent à vue d'œil, telles autres languissent et dépérissent : les juges décideront d'après les circonstances (1). Il a été jugé que le mot *ville* emporte l'idée d'une population nombreuse à laquelle sont réunis des établissements publics, pour l'harmonie de l'association générale et des besoins civils et commerciaux. Par application de ce principe, la cour de Rennes a jugé qu'une commune ne comptant que douze à quinze cents âmes, n'ayant d'établissements que ceux qui se trouvent dans de simples bourgs, ne possédait rien qui caractérise une ville (2). La définition nous paraît trop étroite; c'est moins le chiffre de la population qui décide, que les occupations auxquelles elle se livre : les travaux sont-ils principalement agricoles, la commune est rurale : sont-ils commerciaux ou industriels, c'est une ville.

Il y a plus de difficulté encore pour distinguer le faubourg de la campagne. Là où, comme en Belgique, il n'y a plus d'octroi, donc ni porte, ni murs, ni fossé, il n'y a plus de faubourg proprement dit. Mais la difficulté n'est que déplacée; jusqu'où s'étend la ville? les habitations plus

(1) Voyez en sens divers les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 3, et par Dalloz, au mot *Servitude*, nos 550 et 551.
(2) Rennes, 9 mars 1820 (Dalloz, au mot *Servitude*, no 551).

ou moins isolées qui se trouvent à l'extrême limite sont-elles ville ou campagne? Là où la population s'accroît rapidement, les villes finissent par toucher aux communes rurales : faudra-t-il les comprendre dans la ville? Question de fait; ce qui était commune rurale, hier, peut devenir ville aujourd'hui. Les tribunaux décideront dans le cas de l'article 663, comme ils décident, en fait, dans le cas de l'article 974(1). Il a été jugé que les communes limitrophes de Bruxelles, telles qu'Anderlecht, ne sont pas des faubourgs de la ville (2).

498. Il résulte de l'article 663 que dans les campagnes chacun est libre de clore ou de ne pas clore ses héritages. Se clore est, en principe, un droit de pure faculté, dont on use ou dont on n'use pas, selon ses convenances. La clôture forcée est donc une exception et, à ce titre, d'interprétation rigoureuse (3). Quelles sont les raisons de la différence que la loi établit entre les villes et les campagnes? On trouve dans la discussion un mot qui nous met sur la voie des motifs de cette différence. Tronchet dit que la hauteur du mur doit être suffisante pour garantir la *sûreté* des deux voisins (4). La mitoyenneté forcée est donc une question de sûreté. En effet, dit Duranton, la sûreté des personnes et des propriétés est plus facilement exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population et de l'importance des choses sujettes à être volées. Voilà pourquoi la hauteur du mur augmente à raison du chiffre de la population; plus la richesse mobilière est grande, plus il y a danger, et les garanties doivent croître avec les risques (5).

Si tel est le motif de la clôture forcée, il faut dire qu'elle est d'ordre public, et que, par suite, les parties intéressées

(1) Comparez Dalloz, au mot *Servitude*, nos 552 et 553.

(2) Bruxelles, 19 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 80). Comparez les jugements du tribunal de Bruxelles des 25 mars 1841 et 29 juin 1852 (*Belgique judiciaire*, t. X, p. 957).

(3) Limoges, 20 mars 1822 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 553).

(4) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 23 (Locré, t. IV, p. 168).

(5) Duranton, t. V, p. 330, n° 319. Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 425, n° 378.

ne pourraient pas déroger à la loi. La question est cependant controversée et il y a quelque doute. Il nous semble que la nature même de cette obligation prouve qu'elle est d'ordre public. C'est une dérogation au droit de propriété, une restriction au droit facultatif de se clore. Cette restriction n'est pas imposée dans un intérêt privé ; la loi n'intervient pas dans le règlement des intérêts individuels, parce que personne ne les connaît mieux que les individus eux-mêmes. Si donc elle permet à l'un des voisins de contraindre l'autre à construire un mur mitoyen, ce doit être pour cause d'utilité publique. Or, conçoit-on que le législateur dise aux propriétaires contigus : « L'un de vous peut forcer l'autre à construire un mur mitoyen, parce que la sûreté des propriétés l'exige ; cependant je vous permets de renoncer à ce qui peut se faire malgré vous, et de convenir que vos héritages seront ouverts. » On objecte que si la clôture était d'ordre public, l'administration devrait avoir le droit de l'ordonner ; tandis que le code laisse l'initiative aux parties intéressées. Il y a, en effet, quelque chose d'illogique à rendre la clôture forcée parce qu'elle est d'ordre public, et à permettre aux voisins de ne pas se clore. Toutefois grande est la différence entre ne pas se clore et convenir, à titre de servitude, qu'il n'y aura pas de clôture. Cette dernière convention blesse ouvertement l'ordre public ; car elle revient à dire qu'on renonce à clore son héritage quand même le défaut de clôture favoriserait les voleurs ; on peut négliger ses intérêts, mais on ne peut pas prêter la main au vol.

Il y a une autre objection. Si l'article 663 est d'ordre public, dit-on, il n'est pas même permis d'y déroger en ce qui concerne la hauteur des murs. Le code dit que la hauteur du mur mitoyen sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus ; à défaut d'usage et de règlement, le mur mitoyen doit avoir la hauteur déterminée par l'article 663, laquelle varie d'après le chiffre de la population, comme on peut le voir dans le texte. Cette disposition a donné lieu à une discussion au sein du conseil d'Etat. Bérenger la critiqua en disant qu'elle gênait inutilement la liberté des propriétaires ; Treilhard

répondit que si les voisins étaient d'accord, ils pourraient donner au mur l'élévation qu'il leur plairait; les autres membres du conseil, qui prirent part au débat, furent du même avis. « S'il est libre aux voisins, dit Tronchet, de faire les conventions qu'il leur plaît, il n'y a plus de difficulté à décider que le mur sera d'une hauteur déterminée, suffisante pour la sûreté des deux voisins(1). » Ainsi les parties intéressées peuvent déroger à l'article 663, en ce qui concerne la hauteur des murs; pourquoi ne le pourraient-elles pas en ce qui concerne la clôture même? Nous répondons que la différence est grande : la hauteur précise du mur est une disposition arbitraire, on ne peut pas dire que l'ordre public soit compromis quand le mur a un centimètre de moins, tandis qu'il est compromis quand il n'y a pas de clôture. Nous expliquons la loi sans la justifier : une disposition absolue, bien qu'arbitraire, eût été préférable à la liberté des conventions, laquelle conduit également à l'arbitraire (2).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Rennes, mais il n'a aucune valeur doctrinale, car la cour se borne à affirmer, sans donner aucun motif à l'appui de son opinion, que l'obligation imposée par l'article 663 n'est pas de droit public (3). Une affirmation n'est pas une preuve.

499. L'article 663 établit le principe de la clôture forcée pour les maisons, cours et jardins. Cette énumération est-elle restrictive? La cour de Bordeaux avait admis l'affirmative; son arrêt a été cassé, et avec raison. Il est vrai que la disposition de l'article 663 est exceptionnelle, et l'on pourrait invoquer le principe d'après lequel toute exception est de stricte interprétation. Nous voyons ici combien il importe d'appliquer les adages juridiques dans l'esprit qui les a dictés. Sans doute la clôture forcée est une exception, mais les motifs qui l'ont fait établir prouvent qu'elle doit recevoir son application à tous les fonds urbains, quelle que soit leur nature. La sûreté des personnes et des

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n°s 20-23 (Locré, t. IV, p. 168).

(2) Demolombe, t. XI, p. 425, n° 378 et p. 440, n° 483 *bis*. En sens contraire, Toullier, t. II, p. 68, n° 162; Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 5.

(3) Rouen, 24 février 1844 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 561).

biens sera-t-elle moins exposée si l'un des héritages est un chantier au lieu d'être une cour, ou si c'est un passage au lieu d'être un jardin? En ce sens, l'exception forme une règle générale, et l'interprétation de cette règle doit être extensive. Cela est admis par la doctrine et la jurisprudence (1). Toutefois la cour de Limoges a jugé que l'article 663 n'est pas applicable quand l'un des héritages est une prairie, à raison de son étendue et de sa nature (2). Nous ne voyons pas ce que l'article 663 a de commun avec l'étendue et la nature des fonds urbains; n'est-ce pas introduire dans le texte une distinction que les termes et l'esprit de la loi repoussent?

Il y a un motif de douter qui a entraîné la cour de cassation de Belgique (3); c'est que l'article 663 est emprunté à l'ancien droit; or, les dispositions des coutumes étaient restrictives, ou interprétées dans un sens restrictif. La cour nie d'ailleurs que la clôture forcée soit d'ordre public; elle n'y voit qu'une restriction purement d'intérêt privé, et par suite de la plus stricte interprétation. Dans cet ordre d'idées, l'article 663 serait inapplicable, quand même l'un des fonds serait un chantier ou un passage. Nous n'admettons pas le point de départ et nous rejetons les conséquences. Quant à l'ancien droit, il n'aurait d'autorité que s'il était prouvé que les auteurs du code ont voulu le maintenir avec son sens restrictif. Or, nous le répétons, on ne trouve rien dans les travaux préparatoires à cet égard; il faut donc s'en tenir au texte, en l'interprétant restrictivement si l'on y voit une exception d'intérêt privé, et extensivement si l'on y voit une règle d'intérêt général; mais il est illogique d'admettre l'interprétation restrictive et de faire exception pour certains héritages seulement, tels que les prés. C'est ce qu'a fait la cour de Limoges et M. Demolombe à sa suite (4).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 231 et note 1, et les autorités qu'il cite. Arrêt de cassation du 14 mai 1828 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 554, 1°).

(2) Limoges, 26 mai 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 554, 2°). Comparez un jugement du tribunal d'Epernay du 26 juin 1868 (Dalloz, 1870, 3, 40).

(3) Arrêt de cassation du 24 avril 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 310).

(4) Demolombe, t. XI, p. 439, n° 382. En sens contraire, Lepage, *Lois des bâtiments*, t. I[er], p. 103 et suiv.

500. Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 663, il faut que les héritages soient contigus. Cette condition résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le code dit que chacun peut contraindre son *voisin* à la construction de la clôture *faisant séparation de leurs maisons*. C'est donc la clôture qui sépare les maisons, ce qui implique qu'il n'y a pas de terrain intermédiaire qui sépare les héritages. D'ailleurs de quelle clôture s'agit-il? D'un mur mitoyen, ou, comme le dit l'article 663, d'un *mur de séparation;* or, la mitoyenneté suppose la contiguïté, elle ne se conçoit pas quand les héritages sont voisins sans être contigus. Il a été jugé, par application de ce principe, qu'il n'y a pas lieu à la clôture forcée quand deux propriétés sont séparées par une sente commune. L'un des propriétaires demandait la construction, à frais communs, d'un mur commun sur la ligne qui séparait l'héritage de son voisin de la sente commune. Sa prétention fut repoussée par la cour de Paris et, sur pourvoi, par la cour de cassation. Il y avait plus d'une raison de le décider ainsi. Les deux héritages n'étaient pas contigus, ce qui était déjà décisif. Comme le dit très-bien la cour, l'article 663 a pour but la tranquillité publique et la sûreté réciproque entre voisins; il ne peut donc recevoir d'application que dans le cas de deux propriétés contiguës. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas de contiguïté. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui dont nous venons de parler. La cour de cassation a jugé que la clôture peut être exigée même au profit d'un terrain qui ne serait qu'un simple passage (n° 499), mais il s'agissait d'un passage appartenant exclusivement au voisin qui réclamait la construction d'un mur mitoyen; il y avait donc contiguïté, tandis que, dans la nouvelle espèce, le passage était commun, et par cela même on ne pouvait en demander la clôture forcée, parce que c'eût été priver le voisin de la communication avec sa propriété dont le passage était la voie nécessaire (1).

501. L'article 663 dit que la *clôture* est forcée. Qu'est-ce

(1) Arrêt de rejet du 1er juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 400). Comparez Bruxelles, 29 mars 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 146).

que cette clôture? La suite de l'article l'explique : c'est un *mur de séparation*. Si donc il existait une haie entre deux héritages, ce ne serait pas là une clôture dans le sens de l'article 663; l'un des voisins pourrait contraindre l'autre à remplacer la haie par un mur construit à frais communs (1). La loi ne décide rien quant aux matériaux qui doivent être employés, ni quant au mode de construction; pour ces détails qui varient d'une ville à l'autre, la loi s'en réfère tacitement aux usages locaux (2). Nous avons déjà parlé de la hauteur du mur.

Il y a quelque difficulté quand les héritages reposent sur un sol de hauteur inégale. Donnera-t-on au mur la hauteur prescrite par la loi, en prenant pour base le terrain le plus bas? Dans ce cas, le mur n'aura pas la hauteur légale sur le terrain le plus élevé. Que si l'on calcule la hauteur du mur d'après le sol supérieur, il dépassera la hauteur légale sur le sol inférieur; de là une question de droit et de frais. Il nous paraît incontestable que le mur doit avoir une hauteur telle, que sur le terrain le plus élevé il réponde aux prescriptions de la loi; et dès que le mur est mitoyen pour le tout, les frais doivent être communs; cela est de l'essence de la mitoyenneté (3). Pardessus ajoute une réserve : le propriétaire de l'héritage supérieur pourrait, dit-il, offrir de creuser son terrain, de manière que le mur séparatif eût de son côté la hauteur légale. En effet, le résultat de cet abaissement des terres serait que le mur aurait la hauteur que la loi prescrit; c'est tout ce que l'on peut exiger. Ainsi jugé par la cour d'Angers (4).

502. Quand l'un des voisins réclame la construction d'un mur mitoyen, l'autre peut-il user du droit que donne l'article 656? Aux termes de cet article, tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de

(1) Amiens, 15 août 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 504, 2°). Gand, 24 mai 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 211). Liége, 1er février 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 19).
(2) Arrêt de rejet du 3 août 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 558).
(3) Caen, 13 mai 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 565).
(4) Pardessus, t. Ier, p. 361, n° 150. Angers, 23 avril 1819 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 504, 1°). Comparez Demolombe, t. XI, p. 441, n° 384.

mitoyenneté. On demande si le copropriétaire peut user de ce droit dans les villes où, d'après l'article 663, la clôture est forcée. C'est une question très-controversée; la jurisprudence et la doctrine sont divisées. La cour de cassation a toujours décidé que le droit consacré par l'article 656 étant général, absolu, reçoit son application dans les villes aussi bien que dans les campagnes; mais les cours d'appel résistent, et la plupart des auteurs se prononcent pour l'opinion contraire (1).

La cour de cassation invoque le texte de l'article 656, texte général et absolu, qui ne distingue pas entre les villes et les campagnes; et on ne peut pas introduire cette distinction dans la loi, car les articles 653 et 655 dont l'article 656 est la suite la repoussent formellement. « Dans les *villes* et les *campagnes*, dit l'article 653. L'article 655, qui met la reconstruction et la réparation à la charge de tous ceux qui y ont droit, se réfère à l'article 653, donc il s'applique aux villes. Puis vient l'article 656, qui permet de s'affranchir de cette charge, moyennant l'abandon de la mitoyenneté; cet abandon est donc de droit commun. En effet, c'est l'application d'un principe général, consacré par l'article 699 : le propriétaire assujetti peut toujours s'affranchir de la charge dont il est tenu comme détenteur d'un fonds servant, en abandonnant ce fonds au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

Dans l'opinion contraire, on répond, et la réponse nous semble péremptoire, que le texte de l'article 663 est aussi absolu, et tellement impératif qu'il résiste à toute interprétation qui prétendrait le limiter en permettant au propriétaire de se soustraire à la clôture forcée par l'abandon de la mitoyenneté. « Chacun, dit la loi, peut *contraindre* son voisin à construire une clôture qui sépare leurs maisons, cours ou jardins. » Que devient ce droit de *contrainte*

(1) Demolombe, t. XI, p. 427, n° 369 et les autorités qu'il cite. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 232 et note 6. Arrêts de la cour de cassation du 29 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 503, 1°), du 5 mars 1828 (*ibid.*, n° 503, 2°), du 3 décembre 1862 (Dalloz, 1862, 1, 503) et du 7 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 1, 474). Comparez Bruxelles, 17 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 42). Voyez, en sens contraire, les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 503.

dans la doctrine de la cour de cassation? Il disparaît pour faire place à une option; le propriétaire, sommé de contribuer à la construction d'un mur mitoyen, a le choix, ou de consentir, ou de refuser en abandonnant la mitoyenneté, c'est-à-dire le terrain sur lequel le mur doit être élevé, car nous supposons qu'il n'est pas encore construit. Peut-on dire avec le code que le voisin a le droit de *contraindre* son voisin à construire un mur mitoyen, alors que celui-ci aurait le droit de refuser son concours? Ce n'est pas là interpréter la loi, c'est la faire et, dans l'espèce, c'est l'abroger. Si celui que l'on veut contraindre, l'article 663 à la main, à construire une clôture commune, n'y peut pas être contraint, on efface l'article 663.

On objecte que l'article 656 est aussi absolu, et que, se référant aux articles qui précèdent, il s'applique aux villes comme aux campagnes. Soit, il y a deux dispositions absolues : est-ce une raison pour effacer l'une? S'il s'agissait de deux lois portées à des dates différentes, on ne raisonnerait pas même ainsi; le premier devoir de l'interprète serait de concilier les deux lois. A plus forte raison faut-il concilier deux dispositions d'un même code, d'un même titre, d'une même section. Conçoit-on que l'article 656 déroge à l'article 663? La conciliation est très-simple. Il y a une clôture volontaire et une clôture forcée; les articles 653, 655 et 656 ne parlent que de la clôture volontaire, tandis que l'article 663 parle de la clôture forcée. Et pourquoi est-elle forcée? Par des motifs d'ordre public. Ces motifs excluent la faculté d'abandon. Comprendrait-on que le législateur dise qu'un voisin peut être contraint par son voisin à construire une clôture commune, pour garantir la paix et la sûreté, et qu'il permette néanmoins aux voisins de se soustraire à cette charge, et par conséquent de compromettre l'ordre public! Cela répond à l'argument que la cour de cassation puise dans l'article 699. Sans doute celui qui n'est tenu que comme détenteur de la chose peut se soustraire à la charge en abandonnant la chose à raison de laquelle il est tenu, mais cela suppose qu'il s'agit d'une charge d'intérêt privé; or, la cour de cassation proclame dans tous ses arrêts que la clôture forcée est d'ordre

public; renonce-t-on à une charge qui est d'ordre public?

Dans ses premires arrêts, la cour de cassation invoquait aussi la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat; les arrêts de 1862 et de 1864 ne font plus mention de cet argument, qui a entraîné les savants interprètes de Zachariæ. Voici ce qui s'est passé. Il importe avant tout de constater que le projet soumis au conseil d'Etat n'établissait pas la clôture forcée; il se bornait à fixer la hauteur des murs mitoyens qui seraient construits ou rétablis à l'avenir (art. 25). Bérenger dit que cette disposition gênait inutilement la liberté des propriétaires. Là-dessus un débat s'engagea sur la hauteur des murs : fallait-il la fixer dans la loi? fallait-il s'en rapporter aux usages locaux? Berlier remarqua que l'article proposé deviendrait d'une exécution plus facile, si l'on y exprimait que le propriétaire sommé de contribuer à la clôture peut s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté, et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur doit être construit; ce droit d'option existait dans plusieurs coutumes. Tronchet répondit que cette modification était exprimée dans l'article 656. Voilà l'interprétation authentique de la loi, dit-on. Si l'on avait discuté sur le sens et la portée de l'article 663 qui établit la clôture forcée, et si le conseil d'Etat s'était approprié l'opinion de Tronchet par un vote, nous admettrions l'autorité que l'on attache à la discussion. Mais la clôture forcée, bien que supposée par Berlier, n'était pas encore inscrite dans le code. C'est Bigot-Préameneu qui le premier en fit la remarque. Puis on revint au débat sur la hauteur du mur de séparation. Et qu'est-ce que le conseil décida? Le renvoi à la section de législation (1). Telle est la discussion que l'on prétend décisive. A vrai dire, la question que nous agitons ne fut pas débattue au conseil d'Etat; c'est incidemment que Tronchet émit une opinion sur le sens de l'article 656; cette opinion resta isolée, on n'y revint plus. L'interprétation que l'on attribue au conseil n'est donc rien que l'avis d'un de ses membres. Quel que soit notre res-

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, nos 20-24 (Locré, t. IV, p. 168).

pect pour l'autorité de Tronchet, nous donnons la préférence au texte et à l'esprit de la loi.

503. Celui qui bâtit un mur de clôture sur son héritage peut-il forcer son voisin à en acquérir la mitoyenneté? Cette question est aussi controversée; elle ne nous paraît pas douteuse, le texte la décide. Il permet à celui qui veut construire un mur mitoyen de contraindre son voisin à y contribuer; c'est à lui à user de ce droit, s'il veut une clôture commune. S'il n'en use pas, il ne peut pas ensuite exercer un droit que la loi ne lui accorde pas, c'est-à-dire contraindre son voisin à acheter la mitoyenneté. Vainement dit-on que ce dernier droit est une conséquence du premier. Il n'appartient qu'au législateur de tirer cette conséquence, car il s'agit de droits tout à fait exceptionnels, de dérogations au droit de propriété et à la liberté des propriétaires; ces restrictions sont de l'interprétation la plus étroite : cela décide la question. On a imaginé je ne sais quel mandat en vertu duquel le propriétaire qui bâtit aurait construit au nom de son voisin. Nous croyions que le mandat est volontaire; il paraît qu'il y a aussi un mandat forcé. Ce sont des suppositions toutes gratuites que les auteurs font pour le besoin de la cause et dont nous prions nos jeunes lecteurs de se défier (1).

Il y a cependant un cas dans lequel celui qui a construit le mur peut contraindre son voisin à élever une clôture nouvelle. On suppose que le mur, qui était la propriété exclusive de l'un des voisins, tombe en ruine; dans ce cas, il n'y a plus de mur qui sépare les deux héritages, et par suite on rentre dans le texte et dans l'esprit de l'article 663. La cour de Bruxelles l'a décidé ainsi, et cela n'est pas douteux (2).

b) *Du droit d'acquérir la mitoyenneté.*

1. CONDITIONS.

504. L'article 661 porte : « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en

(1) Voyez les diverses opinions dans Aubry et Rau, t. II, p. 233 et note 7, et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 567.
(2) Bruxelles, 17 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 247).

partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. » D'après la rigueur des principes, l'acquisition de la mitoyenneté devrait être volontaire; les auteurs du code l'ont considérée comme un devoir de bon voisinage; l'Exposé des motifs dit que l'on a voulu prévenir des refus dictés par l'humeur et le caprice. Berlier avoue que celui à qui la mitoyenneté est demandée peut avoir intérêt à la refuser (1); pourquoi donc la loi sacrifie-t-elle cet intérêt et oblige-t-elle le voisin à céder malgré lui la copropriété d'un mur qu'il est intéressé à conserver? La seule raison que l'on trouve dans les auteurs, c'est que l'on évite par là la construction de murs inutiles, la perte de terrain qu'ils auraient occasionnée; en même temps on donne plus de sûreté aux habitations et on rend les villes d'un aspect plus agréable (2). Ce dernier motif n'est que secondaire, puisque la loi s'applique aux campagnes aussi bien qu'aux villes; dans les villes, d'ailleurs, on a la clôture forcée; mais l'intérêt général, qui demande qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles, suffit pour justifier la disposition de l'article 661, l'intérêt général l'emportant toujours sur les convenances privées.

505. Puisque cette espèce d'expropriation est fondée sur un intérêt général, il s'ensuit que celui qui demande la cession de la mitoyenneté n'est pas tenu de prouver un intérêt quelconque qu'il aurait à devenir copropriétaire; on ne peut pas davantage lui opposer la prescription, car on ne prescrit pas contre l'intérêt public. De même celui qui est propriétaire exclusif ne peut pas invoquer l'intérêt qu'il aurait à conserver son droit dans son intégralité. Il a des jours dans son mur, quand la clôture sera devenue mitoyenne, on lui en demandera la suppression ; il serait donc très-intéressé à refuser la cession ; c'est précisément pour cela que la loi l'y oblige. Le législateur n'a-t-il pas poussé trop loin la faveur qu'il accorde à la mitoyenneté?

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. IV, p. 180).
(2) Duranton, t. V, p. 342, n° 321.

Nous le croyons, mais il faut accepter la loi telle qu'elle est, avec toutes ses conséquences. La comparaison de l'article 661 avec l'article 194 de la coutume de Paris ne laisse aucun doute sur le caractère absolu du droit que le code a consacré. L'article 194 paraissait conçu dans des termes restrictifs; il portait : « *Si aucun veut bâtir contre un mur non mitoyen,* faire le peut en payant la moitié. » C'était subordonner la faculté d'acquérir la mitoyenneté à une condition, celle de bâtir; en effet, les motifs que l'on donne pour justifier cette restriction apportée à la propriété impliquent que le voisin qui demande la cession de la mitoyenneté veut bâtir. Mais le code ne reproduit pas cette condition; même dans l'ancien droit, on soutenait que les termes de la coutume étaient énonciatifs, qu'ils prévoyaient le cas ordinaire, où le voisin veut bâtir, sans vouloir exclure les autres. C'est cette large interprétation que les auteurs du code ont sanctionnée, en retranchant les mots qui semblaient impliquer une condition restrictive. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

506. Du principe que le droit d'exiger la cession de la mitoyenneté est absolu, suit que celui qui l'a abdiquée, pour se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions d'un mur mitoyen, peut néanmoins exercer le droit consacré par l'article 661. La coutume de Paris décidait formellement qu'il pouvait rentrer en son premier droit (art. 212), après avoir abandonné la mitoyenneté, et les auteurs modernes enseignent la même doctrine (2). Comment se fait-il que celui qui a renoncé au droit de mitoyenneté puisse revenir sur sa renonciation? Nous ne voyons qu'une explication de cette faculté, c'est que la renonciation au droit d'acquérir la mitoyenneté n'est pas admise. On doit bien permettre à celui qui est copropriétaire d'une chose d'abandonner sa propriété; encore, dans notre opinion, ce droit cesse-t-il quand un intérêt général

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 430, note 57, et par Dalloz, au mot *Servitude,* n° 456; arrêt de cassation du 3 juin 1850 (Dalloz, 1850, 1, 185 et la note).

(2) Demolombe, t. XI, p. 397, n° 357. Aubry et Rau, t. II, p. 431 et note 59.

s'y oppose, et tel est le cas de la clôture forcée prévu par l'article 663. La clôture n'étant pas forcée à la campagne, rien n'empêche d'abdiquer la copropriété d'un mur mitoyen. Mais cela n'implique pas que l'on renonce au droit d'acquérir la mitoyenneté quand on y a un intérêt quelconque. Seulement la loi aurait dû exiger un intérêt, et nous n'en voyons d'autre que celui que la coutume de Paris indiquait, la volonté de bâtir. Quand le voisin veut bâtir, on comprend très-bien qu'il puisse acquérir la mitoyenneté après l'avoir abdiquée; car au moment où il l'a abandonnée, il n'avait pas de bâtiment qui s'appuyât sur le mur; il n'avait donc pas besoin du mur, tandis que s'il veut bâtir, il en a besoin, et cette nécessité se lie à un intérêt général. Dans le système du code, au contraire, il y a quelque chose de contradictoire : il autorise l'abandon de la mitoyenneté pour se dispenser des charges, puis il permet l'acquisition forcée de cette même mitoyenneté, sans intérêt aucun.

De là une difficulté très-sérieuse. Peut-on renoncer au droit d'acquérir la mitoyenneté? On est d'accord pour admettre la validité de cette renonciation, parce que, dit-on, la faculté d'acquérir la mitoyenneté ne présente aucun caractère d'ordre public (1). Cela nous paraît bien douteux. Pourquoi la loi permet-elle l'expropriation forcée de l'un des voisins au profit de l'autre? Cela ne suppose-t-il pas qu'il y a un intérêt général en cause? Pourquoi la loi permet-elle à celui qui a abandonné la mitoyenneté de la recouvrer, bien que cet abandon implique une renonciation? n'est-ce pas parce qu'il y a un intérêt général en cause? Sans doute, la loi n'est pas logique parce qu'elle n'a pas défini cet intérêt, ce qui est une source d'incertitudes et de contradictions. Toujours est-il qu'il est difficile de concevoir que le copropriétaire d'un mur mitoyen puisse revenir sur l'abandon qu'il a fait de sa copropriété, et qu'il ne puisse pas revenir sur une renonciation qu'il ferait au droit d'acquérir la mitoyenneté. La loi est inconséquente, il est vrai;

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 431 et les autorités qui sont citées dans la note 60.

mais il faut du moins la rendre aussi conséquente que possible.

Il y a une autre difficulté très-sérieuse. Le propriétaire du fonds qui joint le mur le grève de la servitude de ne pas bâtir ou de ne bâtir qu'à une certaine distance. Peut-il encore, dans ce cas, acquérir la mitoyenneté du mur? Non, du moins il ne peut pas l'acquérir avec cet effet que le voisin ait le droit de bâtir contre le mur. N'est-ce pas là renoncer au droit d'acquérir la mitoyenneté? Quand nous disons que la renonciation à ce droit est nulle, nous entendons une renonciation faite par celui qui a le droit de bâtir; il y a alors un intérêt public à la cession forcée de la mitoyenneté, qui s'oppose, à notre avis, à ce que l'on y renonce. Mais si le voisin n'a plus le droit de bâtir, l'intérêt public cesse, et par suite la renonciation est de pur intérêt privé. La difficulté est donc déplacée; elle consiste à savoir si l'on peut renoncer au droit de bâtir. L'affirmative est certaine; le législateur admet cette restriction au droit de propriété, parce que, si elle déprécie le fonds servant, elle augmente l'utilité du fonds dominant; en ce sens elle se concilie avec l'intérêt général. De là suit que l'on peut renoncer indirectement à acquérir la mitoyenneté, au moins dans le but de bâtir, en se soumettant à une servitude quelconque qui empêche de bâtir, soit d'une manière absolue, soit à une certaine distance ou à une certaine hauteur (1).

507. L'article 661 dit : « Tout propriétaire *joignant* un mur. » Il faut donc la contiguïté pour que le voisin ait la faculté de rendre le mur mitoyen. Le texte est formel, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Il s'agit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, et la loi suppose, comme le disait la coutume de Paris, que c'est dans le but de bâtir; or, pour bâtir, il faut être propriétaire du terrain qui touche au mur; si ce terrain appartient au propriétaire du mur, il faut l'exproprier, le forcer de vendre le terrain: la loi ne permet l'expropriation que pour cause d'utilité

(1) Orléans 1er décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 22). Arrêt de rejet du 23 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1. 264).

publique. C'est déjà une grave dérogation au droit de propriété que d'obliger le propriétaire du mur d'en céder la copropriété; on ne peut aller plus loin sans dépasser la loi. On objecte que le voisin peut demander la mitoyenneté, alors même qu'il n'a pas l'intention de bâtir. Sans doute; toujours est-il que la mitoyenneté suppose la contiguïté; en effet, qu'est-ce qu'un mur mitoyen? C'est celui qui sépare deux héritages; or, on ne peut plus dire que le mur sépare les deux héritages, alors qu'il y a un terrain intermédiaire entre le mur et le fonds voisin.

Le principe n'est pas contestable, mais l'application soulève une difficulté sérieuse. On suppose que celui qui bâtit laisse un petit espace entre le mur et la ligne séparative des deux héritages; il construit ainsi précisément pour empêcher son voisin de demander la mitoyenneté. Le voisin pourra-t-il néanmoins l'acquérir? Si l'espace est assez considérable pour être utile au propriétaire du mur, soit pour y déverser les eaux pluviales ou ménagères, soit pour y placer une échelle et y faire circuler des ouvriers, il n'y a aucun doute : l'on n'est plus ni dans le texte, ni dans l'esprit de l'article 661. Mais si l'espace est si étroit qu'il ne saurait être d'aucune utilité au propriétaire du mur, s'il l'a laissé uniquement pour empêcher son voisin de réclamer la mitoyenneté, la question devient douteuse. La cour de cassation a décidé que le voisin ne pouvait acquérir la mitoyenneté quand il n'y avait pas contiguïté absolue. Elle en a conclu que le propriétaire a le droit de s'affranchir de cette servitude et de s'assurer la propriété exclusive de son mur, en laissant au delà un espace intermédiaire qui le protége contre l'exercice de la faculté introduite par l'article 661. La cour de Rennes avait jugé en sens contraire, en se fondant sur ce que le terrain intermédiaire formait une impasse sans utilité; l'arrêt dit que le propriétaire refusait de céder la mitoyenneté sans intérêt, par mauvaise humeur, malveillance et esprit de chicane. A cela la cour de cassation répond que, quelque peu important que soit le terrain intermédiaire, il suffit pour maintenir le droit que le propriétaire a entendu se réserver. On n'a pas le droit de s'enquérir, ajoute la cour, des

motifs qui le déterminent à agir ainsi; il use de son droit de propriété, et le juge ne peut pas s'enquérir des motifs pour lesquels il en fait tel ou tel usage (1).

Il nous semble que cette décision est en opposition avec le principe que la jurisprudence proclame à toute occasion : c'est que l'article 661 est fondé sur un motif d'utilité publique. La disposition est donc d'intérêt général. Dès lors il ne peut pas dépendre des propriétaires d'en rendre l'application impossible, en laissant un étroit espace de terrain au delà du mur de clôture; ce sont précisément ces impasses que le législateur a voulu empêcher. Or, n'est-il pas de principe que les lois qui concernent l'ordre public doivent toujours être observées? et n'est-ce pas les violer que de les éluder? Cela s'appelle faire fraude à la loi, et ce que l'on fait en fraude de la loi est nul (2). Tout ce que le propriétaire peut demander, c'est que le voisin qui réclame la mitoyenneté l'indemnise de la valeur que peut avoir le terrain intermédiaire.

508. Que faut-il entendre dans l'article 661 par le mot *mur?* La cour de cassation a jugé, avec raison, que la loi s'applique à toute espèce de clôture. Dans l'espèce, il y avait une clôture en planches, connue au Havre sous le nom de *pal.* Le tribunal avait admis le voisin à en acquérir la mitoyenneté. C'était étendre la disposition de l'article 661 à un cas que le texte ne prévoit pas; or, la disposition est une dérogation au principe d'après lequel nul ne peut être contraint de céder en tout ou en partie sa propriété; elle est donc essentiellement exceptionnelle, et partant de stricte interprétation. La cour ajoute que les motifs qui ont fait admettre la cession forcée de la mitoyenneté des murs n'existent pas pour les clôtures en planches; en effet, la juxtaposition des planches n'a pas les mêmes in-

(1) Arrêt de cassation du 26 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 175). Dans le même sens, Douai, 7 août 1845 (Dalloz, 1847, 4, 446). Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 50, et les auteurs qui y sont cités.

(2) Gand, 18 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 358). Dans le même sens, Bourges, 9 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 460); Caen, 27 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 204). Demolombe, t. XI, p. 394, n° 354, et les auteurs qu'il cite.

convénients que celle des murs. Est-ce à dire que le voisin ne puisse pas demander que l'on remplace la clôture en planches par un mur? Dans les villes et faubourgs, chacun peut contraindre son voisin à construire un mur dont la loi fixe la hauteur; une clôture en planches n'étant pas un mur, le voisin peut certes exiger qu'elle soit remplacée par un mur; mais, dans les campagnes, l'article 663 n'est pas applicable, le propriétaire pourrait donc refuser de céder la mitoyenneté d'une clôture en planches, sauf au voisin à se clore de son côté comme il l'entend (1).

509. L'article 661 est-il applicable quand le mur dont le voisin veut acquérir la mitoyenneté appartient à un bâtiment qui dépend du domaine public? La jurisprudence et la doctrine s'accordent à décider que l'article 661 n'est pas applicable. Ainsi il a été jugé que l'on ne peut réclamer la mitoyenneté d'un mur qui fait partie d'une chapelle, d'une église (2), d'un cimetière (3), ni celle d'un mur de clôture d'un arsenal (4), ni la copropriété d'un mur de soutenement d'une place publique (5). Toutes ces décisions sont fondées sur un seul et même motif : les immeubles qui dépendent du domaine public ne sont pas dans le commerce, donc ils ne peuvent être grevés d'une servitude (6). Nous avons examiné la question de principe plus haut (n° 130). A notre avis, il n'est pas exact de poser comme règle générale et absolue que les dépendances du domaine public ne peuvent faire l'objet de conventions, ni être grevées de droits réels, notamment de servitudes légales; il suffit, pour le prouver, de rappeler l'article 681 qui établit une servitude légale sur la voie publique, laquelle fait cependant partie du domaine public, soit de l'Etat, soit de la province, soit de la commune. Est-ce à dire que, dans

(1) Arrêt de cassation du 15 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 56). Arrêt de rejet du 1er février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 125). Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 52.

(2) Voyez, plus haut, p. 164, n° 140. Liége, 5 décembre 1860 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 280).

(3) Jugement de Lyon du 24 janvier 1866 (Dalloz, 1867, 3, 45).

(4) Douai, 21 août 1865 (Dalloz, 1866, 5, 434).

(5) Aix, 24 juillet 1855, confirmé par un arrêt de rejet du 16 juin 1856 (Dalloz, 1856, 2, 210; et 1856, 1, 423).

(6) Dans le même sens, Aubry et Rau, t. II, p. 429 et note 51.

l'espèce, les tribunaux et les auteurs se soient trompés? Nous adoptons leur décision, mais en la fondant sur un autre motif.

Il ne s'agit pas de servitude en matière de mitoyenneté. Le code place, il est vrai, la mitoyenneté parmi les servitudes légales, et les arrêts qualifient de servitude l'obligation que l'article 661 impose à tout propriétaire de céder la mitoyenneté de son mur. Ce langage est impropre. La mitoyenneté, de quelque manière qu'elle soit acquise, est une copropriété. La question n'est donc pas de savoir si les biens du domaine public peuvent être grevés d'une servitude, elle doit être posée dans les termes suivants : est-ce qu'un mur peut être la copropriété du domaine public et du domaine privé? Ainsi posée, la question n'est pas douteuse. On ne conçoit pas qu'un immeuble soit tout ensemble une dépendance du domaine public et une propriété particulière, ce qu'il faudrait admettre si le mur était mitoyen; car la mitoyenneté est une copropriété qui porte indivisément sur toutes les parties de la chose commune. Dans l'espèce, cela est juridiquement impossible, car le domaine privé et le domaine public sont deux droits d'une nature différente; l'un est dans le commerce, l'autre n'est pas dans le commerce; or, une seule et même chose peut-elle être tout ensemble dans le commerce et hors du commerce? aliénable et non aliénable? prescriptible et imprescriptible? Cela ne se conçoit pas; donc la mitoyenneté ne se conçoit pas entre le domaine public et le domaine privé. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui se rapproche de notre doctrine. Dans l'espèce, un propriétaire demandait que la commune lui cédât la mitoyenneté d'un mur qui soutenait une place publique. S'il s'était agi d'une simple servitude, le pourvoi aurait eu raison de dire que la nature et la destination d'une place publique n'empêchent pas que les habitants ne bâtissent contre le mur; elle est, au contraire, destinée à être entourée d'habitations; dès lors il eût fallu décider, dans notre opinion (n° 130), que le mur de soutenement de la place publique pouvait être grevé d'une servitude légale. Mais il ne s'agissait pas de servitude. Aussi l'arrêt de la cour de cassation ne prononce

pas ce mot. Il part du principe que les places publiques des villes et villages sont des dépendances du domaine public et, à ce titre, inaliénables et imprescriptibles. Puis il dit que la mitoyenneté d'un mur donne à celui qui l'obtient la *copropriété* de ce mur; d'où il conclut que le mur de soutenement de la place publique ne pouvait pas devenir mitoyen, le mur étant inaliénable et imprescriptible aussi bien que la place publique (1).

510. La jurisprudence n'est pas toujours conséquente avec le principe sur lequel elle se fonde. Il a été jugé que le mur d'un hôtel de préfecture peut devenir mitoyen par application de l'article 661. L'arrêt pose en principe qu'il ne suffit pas qu'un immeuble soit destiné à un service public pour que l'on puisse dire que par sa nature il est hors du commerce (2). Par sa *nature*, non, mais par son affectation à l'usage de tous. Sinon, comment saura-t-on si un bien, qui par sa nature est dans le commerce, est mis hors du commerce par la destination qui lui est donnée? Où est la différence légale entre un hôtel de ville, un hôtel de préfecture et une place publique?

Un presbytère n'est pas destiné à un service public. Il a été décidé par le ministère de l'intérieur, en France, que le voisin peut rendre mitoyen le mur d'un presbytère. La décision est fondée sur ce que « les presbytères ne semblent pas présenter le caractère de biens placés hors du commerce (3). » Nous venons de dire en quel sens cette décision peut se concilier avec l'opinion que nous avons enseignée.

Les cimetières, par contre, sont hors du commerce. Il a été jugé qu'une commune pouvait acquérir la mitoyenneté d'un mur qui joint son cimetière, bien que les voisins ne puissent pas demander la mitoyenneté du mur de clôture d'un cimetière. On peut bien, dit le tribunal de Lyon, avoir une servitude sur un héritage privé au profit d'un héritage public; on ne peut pas avoir une servitude sur un

(1) Arrêt précité du 16 juin 1856 (p. 587, note 5).
(2) Paris, 18 février 1854 (Dalloz, 1854, 2, 178).
(3) *Bulletin du ministère de l'intérieur de France*, 1868, p. 15.

bien du domaine public au profit d'un héritage privé (1). Si l'on admet notre opinion, la décision sera tout autre. La mitoyenneté n'est pas une servitude, c'est une copropriété. Or, il est impossible qu'une seule et même chose soit commune, si le droit de chacun des communistes est d'une nature différente; cette différence exclut l'idée de communauté. Dès lors qu'importe qui demande la copropriété? Qu'elle soit réclamée au nom du domaine public ou au nom du domaine privé, il y a toujours incompatibilité à ce que ces deux domaines concourent dans une seule et même chose.

511. D'après l'article 661, on peut acquérir la mitoyenneté en tout ou en partie. Cela dépend de l'intérêt qu'a le propriétaire qui réclame la cession de la copropriété. Celui qui achète la mitoyenneté pour bâtir peut construire une maison moins large, moins haute que celle de son voisin : il ne serait pas juste qu'il dût payer la partie du mur dont il ne profite pas. Mais peut-il demander la copropriété d'une partie de l'épaisseur du mur? La question était déjà controversée dans l'ancien droit (2), et il y a quelque doute. On dit que le texte ne distingue pas; mais le vieil adage que là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis de distinguer, est d'une application très-délicate. Il y a des cas où il faut distinguer, c'est quand le motif même sur lequel la loi se fonde nous force à distinguer. N'en est-il pas ainsi dans l'espèce? Pothier dit très-bien que celui qui achèterait seulement une partie de l'épaisseur ne profiterait pas moins de l'épaisseur entière, ce qui serait injuste. Si donc le voisin réclame la cession de la mitoyenneté pour bâtir, il nous semble qu'il doit payer tout le mur dont il profite. Si ce n'était pas pour bâtir, le juge pourrait, d'après les circonstances, admettre une cession partielle, car le texte ne s'y oppose pas (3).

512. Celui qui réclame la mitoyenneté doit rembourser au propriétaire moitié de sa valeur, dit l'article 661, ou

(1) Jugement précité de Lyon du 24 janvier 1866 (p. 587, note 3).
(2) Pothier, *De la société*, n° 251.
(3) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 400, n°s 362 et suiv ; Dalloz, au mot *Servitude*, n° 461. Il y a un arrêt de la cour de Paris qui a admis la cession partielle en épaisseur dans des circonstances exceptionnelles (Paris, 18 février 1854, dans Dalloz, 1854, 2, 178).

la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La loi fait une différence entre le sol et le mur. Celui qui demande la cession partielle de la mitoyenneté, ne doit payer que la moitié de la partie du mur qu'il veut acheter, mais il doit toujours la moitié du sol. Cela suppose que la charge que supporte le sol est la même, quelle que soit la hauteur du mur, ce qui certes n'est pas exact. Lorsqu'il s'agit d'exhausser le mur mitoyen, la loi tient compte de la surcharge qui en résulte pour le sol. Elle aurait aussi dû tenir compte de la charge moindre qui pèse sur le sol, lorsque le mur n'est mitoyen que jusqu'à une certaine hauteur.

Quant au mur, le voisin qui demande la cession de la mitoyenneté doit payer la moitié de sa *valeur*. Ce n'est donc pas la moitié de la dépense que le propriétaire a faite en le construisant. La cession de la mitoyenneté est une vente; or, dit Pothier, le prix d'une chose que l'on vend est celui qu'elle vaut au temps de la vente. On doit donc prendre en considération l'état du mur, sa solidité, les matériaux avec lesquels il a été construit (1). C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si l'acquéreur doit payer la valeur des pierres de taille qui constituent la clôture, alors qu'un mur en moellons lui suffirait. Il doit la valeur, dit le code, ce qui est décisif; d'ailleurs il profite de la solidité que donnent des matériaux plus solides (2). Autre est la question de savoir si l'acheteur doit la moitié de la valeur des fondements, quand le propriétaire les a faits plus solides à raison d'une fosse d'aisances qui exige des fondations d'une solidité extraordinaire. On a toujours admis, par un tempérament d'équité, que dans ce cas l'acheteur ne doit que la moitié de la valeur de fondations communes. C'était l'opinion de Pothier, ce qui est d'un grand poids dans une matière que les auteurs du cod ont empruntée aux coutumes (3).

(1) Pothier, *De la société*, n° 254.
(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 403, n° 365.
(3) Pothier, *De la société*, n° 250 et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Servitude*, n° 466

513. Le plus souvent, l'acquisition de la mitoyenneté, dans le cas prévu par l'article 661, donne lieu à une expertise, le propriétaire du mur ne pouvant guère connaître la valeur de la mitoyenneté dont on demande la cession. Qui supportera les frais de l'expertise? Il a été jugé que les frais étaient toujours à charge de l'acquéreur, alors même qu'il aurait fait des offres suffisantes. Les arrêts disent que les frais accessoires de la vente doivent être supportés par l'acheteur; l'article 1593 le dit pour la vente volontaire, à plus forte raison en doit-il être ainsi quand le vendeur est forcé de vendre dans l'intérêt et sur la demande de celui qui achète. Quant aux offres que l'acheteur fait, elles ne peuvent pas le dispenser de cette obligation, par la raison que nous venons de dire; si le propriétaire du mur les refuse, ce n'est pas parce qu'il prétend que le prix offert est insuffisant, c'est parce qu'il ignore la véritable valeur de la chose, valeur que les gens de l'art peuvent seuls estimer (1). Ces décisions sont fondées en droit et en équité. Il y a cependant une réserve à faire. Si le propriétaire contestait le résultat de l'expertise, il y aurait procès, et les frais du procès, y compris ceux de l'expertise, retomberaient à la charge de celui qui succombe : c'est le droit commun (2).

2. DROITS DE L'ACQUÉREUR.

514. Aux termes de l'article 661, le mur dont le voisin demande la mitoyenneté devient mitoyen, c'est-à-dire que l'acheteur en devient copropriétaire. De là suit que le propriétaire seul peut exercer le droit établi par cet article. La loi le dit : « Tout propriétaire. » En effet, le mur mitoyen est un accessoire de l'immeuble qu'il sert à clore; pour être propriétaire de l'accessoire, il faut être propriétaire du principal. Celui qui n'est pas propriétaire de l'héritage joignant le mur ne peut donc pas acquérir la

(1) Riom, 11 juillet 1838, et Limoges, 12 avril 1820 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 467).

(2) Il y a des avis divers sur tous ces points. Voyez Aubry et Rau, t. II, p. 430 et note 56, et Demolombe, t. XI, p. 406, n° 366.

mitoyenneté. On est d'accord que le preneur n'a pas ce droit ; il ne l'a pas en son nom, puisqu'il est simple détenteur ; il ne l'a pas au nom du bailleur, puisqu'il n'a aucune qualité pour agir au nom du bailleur, et celui-ci ne peut pas devenir propriétaire malgré lui. La cour de Bruxelles a décidé le contraire dans une espèce où le bail donnait au locataire le droit de bâtir (1). C'est mal jugé, car le droit de bâtir ne donne de droit au preneur qu'à l'égard du bailleur, il ne lui en donne aucun à l'égard du propriétaire du mur.

On décide d'ordinaire que l'usufruitier, l'emphytéote, et par conséquent le superficiaire, qui ont un droit réel dans la chose, peuvent par cela même réclamer la mitoyenneté du mur en vertu de l'article 661 (2). Il nous semble que le droit réel qui appartient au possesseur ne lui donne aucune qualité pour exiger la cession de la mitoyenneté. N'oublions pas qu'il s'agit d'acheter à titre d'accessoire la copropriété d'un mur ; or, le droit réel ne confère pas la propriété. L'usufruitier est possesseur précaire quant à la propriété ; de quel droit donc achèterait-il une dépendance du fonds dont il a la jouissance? il achèterait en définitive pour le nu propriétaire : qui lui donne ce droit? Il faut s'en tenir au texte ; le propriétaire seul peut demander la cession forcée de la copropriété du mur.

515. Quel est l'effet de l'acquisition de la mitoyenneté? L'acquéreur devient copropriétaire du mur ; par suite le vendeur cesse d'être propriétaire exclusif, ses droits ne sont plus que ceux d'un communiste. Qu'il en soit ainsi à partir de la cession, cela est de toute évidence. Mais la cession n'a-t-elle pas un effet rétroactif? La doctrine et la jurisprudence admettent presque généralement la rétroactivité (3). On pose comme principe que si le cédant a fait dans le mur, pendant qu'il en avait la propriété exclusive, des ouvrages qu'il ne pourrait pas faire à titre de communiste, l'acquéreur en peut demander la suppression ; de

(1) Bruxelles, 16 janvier 1819 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 455).
(2) Demolombe, t. XI, p. 394, n° 353.
(3) Aubry et Rau, t. II, p. 431 et note 61. Arrêt de cassation du 1er juillet 1861 (Dalloz, 1862, 1, 139).

sorte que le mur est censé avoir toujours été mitoyen.

Cette doctrine nous paraît bien douteuse. Elle est en opposition avec les principes généraux de droit. La rétroactivité de la mitoyenneté est une fiction; de fait et de droit, le mur a été la propriété exclusive de celui qui l'a construit sur son fonds; quand il est forcé d'en céder la copropriété, il s'opère une mutation, le fonds change de nature; or, toute modification qui se fait dans l'état des biens n'a d'effet que pour l'avenir. Veut-on considérer la mitoyenneté comme une servitude, on arrive à la même conséquence. Le mur était libre, il est grevé de servitude; est-ce que l'asservissement d'un héritage rétroagit? est-ce que le fonds servant est considéré comme n'ayant jamais été libre? Non, certes; il n'est assujetti que pour l'avenir, sauf aux parties contractantes à régler et à modifier le passé, si elles le jugent convenable. En l'absence de conventions, il faut dire que l'acheteur prend le fonds dans l'état où il se trouve; le vendeur a-t-il fait sur la chose vendue des travaux qui en altèrent la condition à son profit, l'acheteur est tenu de les respecter et de les maintenir. En effet, le vendeur du mur avait le droit de faire ces travaux; or, les actes faits en vertu de la loi sont et restent valables, à moins que les conventions des parties intéressées ou la loi ne le décident autrement. Nous aboutissons toujours à cette conséquence que, en l'absence de conventions, la rétroactivité ne pourrait exister qu'en vertu de la loi. C'est une fiction; or, l'interprète ne peut pas créer de fiction, le législateur seul a ce droit. Il s'agit de détruire des travaux faits légitimement; si les parties contractantes n'ont pas consenti à cette destruction, le législateur seul peut détruire ce qu'il a permis de faire. S'il faut un texte pour qu'il y ait rétroactivité, la question est décidée, car il n'y a pas de texte. C'est ce que nous allons voir en entrant dans les détails de cette difficile matière.

516. Le vendeur avait construit des cheminées dans le mur dont il était propriétaire exclusif. Il est forcé d'en céder la mitoyenneté; l'acheteur peut-il demander la suppression des cheminées? Pardessus répond avec nous que l'acquéreur n'a pas le droit de détruire les cheminées, parce

qu'il n'a acquis la mitoyenneté du mur que dans l'état où il se trouvait. La cour de Poitiers dit comme nous qu'aucune disposition du code civil n'établit d'effet rétroactif au profit de celui qui acquiert la mitoyenneté (1). L'article 661 porte que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le *rendre* mitoyen. Cela implique que le mur devient mitoyen à partir de la cession. Le texte ne laisse aucun doute; et il y aurait un doute, qu'il faudrait interpréter la loi en faveur du vendeur; car elle apporte une grave restriction au droit de propriété; elle oblige le propriétaire à céder la copropriété d'une chose dont il serait intéressé à conserver la propriété exclusive. A ce titre, l'article 661 est une exception, et les exceptions sont toujours d'interprétation rigoureuse. La cour de cassation semble avoir consacré la même doctrine. Dans l'espèce, le vendeur avait scellé dans le mur l'arbre de couche d'une machine à vapeur; l'acheteur en demanda la suppression. La cour de Paris décida que les travaux seraient maintenus. Sur le pourvoi, intervint un arrêt de rejet où il est dit que la cour n'avait violé aucune loi, en jugeant que le demandeur ne peut pas exiger la suppression des travaux, « soit parce qu'étant devenu acquéreur de la mitoyenneté du mur à une époque où les travaux dont il se plaignait avaient déjà été exécutés, *il avait dû prendre les choses dans l'état où elles se trouvaient*, soit parce qu'il ne résultait pas de ces travaux un préjudice qui l'autorisât à en demander la suppression. » Le rapporteur est plus explicite encore; il invoque l'autorité de Pardessus, qui, sur cette question, partage notre avis (2).

Dans un arrêt postérieur, la chambre civile, en cassant un arrêt de la cour de Nice, a proclamé le principe contraire. La nouvelle jurisprudence se fonde sur l'article 661. Cet article, dit la cour, en accordant au propriétaire joignant un mur la faculté de le rendre mitoyen, crée en sa faveur une servitude légale, dont l'exercice, quoique facul-

(1) Pardessus, t. Ier, p. 397, n° 172. Poitiers, 28 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 471, 1°). En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 431, note 61.
(2) Arrêt de rejet du 7 janvier 1845 (Dalloz, 1846, 1, 81).

tatif, n'est limité par aucune restriction; il a pour effet de transférer à celui qui veut s'en prévaloir la jouissance pleine et entière de tous les droits que la loi attache à la mitoyenneté. Or, la conséquence essentielle de la mitoyenneté du mur est de constituer une copropriété de ce mur sur la tête de l'acquéreur et du vendeur, de les établir tous les deux sur un pied complet d'égalité, et de faire cesser tous les faits de propriété exclusive qui, quoique exécutés par le vendeur avant la cession de la mitoyenneté, n'en sont pas moins demeurés subordonnés à l'exercice possible de la servitude à laquelle le mur est assujetti (1). Voilà une théorie nouvelle; l'arrêt de 1861 ne concorde guère avec celui de 1845, mais peu importe. Il s'agit de savoir si la doctrine consacrée par la cour de cassation a un fondement dans la loi et dans les principes de droit. Nous disons que c'est une théorie que le législateur aurait pu admettre, mais l'a-t-il admise? L'article 661 dit que le mur est *rendu* mitoyen; peut-on conclure de là qu'il a toujours été mitoyen? On invoque l'égalité qui doit exister entre communistes. Sans doute ils doivent être sur un pied complet d'égalité, mais la loi n'établit cette égalité qu'à partir du moment où il y a communion; peut-il être question d'égalité entre communistes, alors qu'il n'y a pas encore de communion? Voilà cependant à quoi aboutit la doctrine de la cour de cassation. Je suis propriétaire exclusif d'un mur, j'y fais des travaux, j'en ai le droit, et c'est naturellement dans l'intention que ces travaux subsistent. Eh bien, je me trompe; je dois prévoir qu'un jour mon voisin pourra demander la mitoyenneté et exiger par suite la suppression de mes ouvrages : je me croyais libre, et me voilà en servitude! Je suis en droit de faire ce que je fais, et néanmoins je ne pourrai pas le faire, car demain mon voisin me forcera à démolir ce que j'avais le droit de faire. Il nous est difficile de croire que le législateur, qui entrave l'exercice de la propriété pour l'avenir, l'ait par cela seul entravé pour le passé.

517. Nous arrivons à l'application la plus usuelle du

(1) Arrêt de cassation du 1er juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 138).

principe admis par la doctrine et la jurisprudence. Des jours et des vues ont été pratiqués dans le mur, alors qu'il était l'objet d'une propriété exclusive. Le voisin le rend mitoyen ; peut-il demander la suppression des vues et des jours? On distingue. Tout ce que l'autre voisin a fait comme propriétaire peut être supprimé du moment qu'il devient copropriétaire ; mais l'acquéreur du droit de mitoyenneté ne peut pas exiger la suppression de ce que son voisin a fait à titre de servitude. Ouvrir des jours, c'est exercer le droit de propriété ; pratiquer des vues, c'est grever le fonds voisin d'une servitude ; donc celui qui acquiert la mitoyenneté peut demander la suppression des jours, tandis qu'il ne peut pas porter atteinte à la servitude de vue dont son héritage est grevé, pas plus qu'à toute autre servitude.

On appelle jours des fenêtres que le propriétaire d'un mur joignant immédiatement l'héritage d'autrui a le droit d'y pratiquer sous les conditions déterminées par la loi : elles doivent être à fer maillé et à verre dormant, et elles ne peuvent être établies qu'à une certaine distance du plancher ou sol de la chambre que l'on veut éclairer (art. 676 et 677). Ces fenêtres sont qualifiées de jours de tolérance, bien que le propriétaire du mur ait le droit de les pratiquer, parce que le voisin sur l'héritage duquel elles donnent peut construire sur son fonds à telle hauteur qu'il veut, et par suite boucher ces ouvertures ; il les tolère donc en ne construisant pas. S'il peut les boucher en construisant, ne doit-il pas avoir le même droit en acquérant la mitoyenneté? C'est l'opinion presque générale, sauf le dissentiment de Toullier et de quelques arrêts (1). Si l'on admet le principe tel que la cour de cassation l'a formulé, la conséquence ne peut guère être contestée. La mitoyenneté une fois acquise met les deux communistes sur un pied d'égalité parfaite ; l'acheteur ne peut pas pratiquer d'ouverture dans le mur mitoyen (art. 675), donc le ven-

(1) Toullier, t. II, p. 236, n° 527. Bruxelles, 31 octobre 1827 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 476, 3°, et *Pasicrisie*, 1827, p. 299) ; Bruxelles, 23 janvier 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 17) ; Gand, 28 novembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 21). M. Valette enseigne la même opinion (Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 799, note).

deur doit supprimer celles qu'il avait pratiquées avant la cession de la mitoyenneté. Telle est en effet la jurisprudence de la cour de cassation et de presque toutes les cours d'appel. La cour de Paris avait jugé dans le sens de notre opinion, en invoquant le principe que le vendeur avait usé de son droit en pratiquant des jours de souffrance dans son mur, et que l'acheteur devait prendre la chose dans l'état où elle se trouvait. Cet arrêt a été cassé. Les deux communistes, dit la cour de cassation, doivent être sur un pied complet d'égalité. A notre avis, l'égalité pour le passé est une fausse égalité, car c'est dépouiller le propriétaire du mur de son droit pour en investir son voisin, qui, lors de l'exécution des travaux, n'avait aucun droit; tant que la position est inégale, les droits ne sauraient être égaux. Qu'importe, dit la cour? Le propriétaire qui a élevé le mur en avait, à la vérité, le droit, mais il ne pouvait pas compter sur la propriété exclusive, puisque son voisin avait le droit d'en exiger la mitoyenneté; donc tout ce qu'il fait, il a dû le faire dans la pensée de le voir démoli (1). Nous avons répondu d'avance à cette argumentation. C'est une théorie qui sacrifie les droits du propriétaire à l'intérêt, au caprice même du voisin qui veut acquérir la mitoyenneté. Est-ce la théorie de la loi? Telle est la question.

Il y a deux articles qui déterminent les effets de la mitoyenneté. L'article 662 suit immédiatement la disposition qui permet au voisin de rendre le mur mitoyen, et que dit-il? Que l'un des voisins ne peut *pratiquer* dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement sans le consentement de l'autre. L'article 675 est conçu dans les mêmes termes : « L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, *pratiquer* dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, même à verre dormant. » Est-ce que la défense de *pratiquer* des travaux veut dire que celui qui acquiert la mitoyenneté a le droit d'exiger la suppression

(1) Arrêt de cassation du 3 juin 1850 (Dalloz, 1850, 1, 185). Arrêt de la cour de cassation de Belgique du 19 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 330). Nous ne citons pas les arrêts des cours d'appel; la plupart sont à peine motivés, sauf un arrêt de Toulouse du 8 février 1844 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 472). Voyez les autorités dans Demolombe, t. XI, p. 414, n° 370, et dans Aubry et Rau, t. II, p. 432, note 62.

des travaux existants? La différence est grande, et il faut une interprétation singulièrement extensive pour concilier le texte avec la doctrine que l'on en déduit. Que dit la cour de cassation pour justifier cette interprétation? Elle avoue que le mot *pratiquer* se rapporte uniquement à des faits futurs; mais, dit-elle, on doit l'entendre dans un sens énonciatif, et l'appliquer *par analogie* aux ouvertures exécutées avant la cession de la mitoyenneté. Etendre, par voie d'analogie, un droit exceptionnel, exorbitant de sa nature, c'est dépasser la loi, ce n'est pas l'interpréter.

Notre conviction est que la jurisprudence a fait la loi. Nous ajoutons que la faute en est au législateur autant qu'à l'interprète. Le droit de demander la cession de la mitoyenneté est fondé sur un intérêt public, et il n'y a d'autre intérêt public que celui de bâtir. C'est ce que le législateur suppose, mais il ne le dit pas. Dans l'ancien droit, les coutumes exprimaient ce motif, ou du moins, quand elles admettaient l'acquisition de la mitoyenneté à titre de droit absolu, elles avaient soin d'ajouter que si le voisin ne voulait pas bâtir, les vues pratiquées par le propriétaire dans le mur subsisteraient, et que l'acquéreur ne pourrait pas les boucher. La jurisprudence était dans le même sens. Cette théorie était logique. Si le propriétaire était obligé de supprimer ses fenêtres, c'était dans un intérêt général. Tandis que s'il n'y avait pas d'intérêt public en cause, il conservait ses jours (1). Toullier dit que le code civil doit être interprété dans le même sens (2). Cela est difficile à admettre, car le code ne subordonne plus la faculté d'acquérir à la condition de bâtir, et il ne fait pas la distinction que faisaient les coutumes et la jurisprudence. L'opinion de Toullier est restée isolée. Il faudrait donc aller jusqu'à défendre à l'acquéreur de bâtir, lorsque le vendeur a pratiqué des jours dans son mur; car ces jours sont un droit acquis et l'acquéreur doit les respecter. Les tribunaux ont reculé devant cette conséquence (3). Elle dé-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Vues*, § III, n° 2 (t. XXXVI, p. 477).
(2) Toullier, t. II, p. 236, n° 527.
(3) L'arrêt précité de la cour de Toulouse le dit (Dalloz, au mot *Servitude*, p. 154, n° 472).

coule logiquement des principes, mais elle est en opposition avec le but qu'a eu le législateur, c'est de favoriser la construction des maisons. Il y a ici deux droits en conflit, celui du propriétaire du mur et celui du voisin qui veut bâtir; le législateur aurait dû vider ce conflit. Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'est prononcée pour celui qui acquiert la mitoyenneté. C'est l'esprit de la loi lorsque le voisin bâtit; mais on est obligé de lui reconnaître le même droit quand il ne bâtit pas, quand il n'a aucun intérêt à obtenir la mitoyenneté et à boucher les jours, quand même il ne le ferait que par caprice et mauvais vouloir. Cela, certes, n'est pas l'esprit de la loi. Il y a donc inconséquence et contradiction.

518. Faut-il faire exception à ces principes, lorsque les jours existent depuis trente ans? Nous posons la question, en nous plaçant au point de vue de l'opinion générale. La négative n'est pas douteuse. Les jours que le propriétaire du mur y pratique, en observant les conditions prescrites par les articles 476 et 477, sont l'exercice du droit de propriété; et ils conservent ce caractère pendant quelque laps de temps qu'ils subsistent. Or, des actes de propriété ne peuvent pas avoir pour effet de grever le fonds du voisin d'une servitude. Donc au moment où il acquiert la mitoyenneté, son héritage est libre, il se trouve en face de travaux faits par le propriétaire du mur, travaux que celui-ci avait le droit de faire comme propriétaire exclusif, mais qu'il n'a pas le droit de maintenir après qu'il est devenu communiste. Telle est aussi l'opinion des auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

En est-il de même si le propriétaire des deux héritages avait pratiqué les jours par destination du père de famille, et si lors de la séparation l'un des voisins demandait la mitoyenneté du mur? En théorie, on peut répondre que la destination du père de famille vaut titre; or, les servitudes acquises par titre doivent être maintenues. Sur ce point

(1) Demolombe, t. XI, p. 414, n° 371. Aubry et Rau, t. II, p. 432 et note 63. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 474, 1° et 2°. Il faut ajouter Liége, 13 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 115) et 17 janvier 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 137).

il ne saurait y avoir de doute. Mais il faut pour cela que la servitude soit née; et, dans l'espèce que nous venons de supposer, il n'y avait pas encore de servitude au moment où la séparation des fonds s'est faite, et à ce moment même le voisin demande la mitoyenneté; il n'y a donc jamais eu de servitude. C'est sans doute là le cas que suppose M. Demolombe, quand il dit que la destination du père de famille n'empêcherait pas l'acquéreur de la mitoyenneté de demander la suppression des jours. Mais si la servitude avait été acquise par la destination du père de famille, il faudrait décider que les jours ne peuvent pas être supprimés. La jurisprudence est en ce sens (1).

519. Quant aux vues, si elles constituent une servitude à charge du fonds dont le propriétaire veut acquérir la mitoyenneté du mur qui sépare les deux héritages, il est certain que l'acquéreur les doit respecter. C'est l'application d'un principe général. Aux termes de l'article 701, le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage; à plus forte raison ne peut-il pas par son fait détruire la servitude. Vainement dirait-il qu'en acquérant la mitoyenneté il use d'un droit; on lui répondrait qu'il ne peut plus user de son droit, puisque lui-même l'a restreint en grevant son fonds d'une servitude. Ainsi lorsqu'il a accordé à son voisin la servitude de prospect, il ne peut plus construire sur son fonds; par suite, il ne peut plus demander la mitoyenneté, du moins il ne peut la demander dans le but de supprimer les fenêtres, puisque ce serait supprimer la servitude à laquelle il s'est assujetti. Que l'on n'objecte pas que le droit de réclamer la mitoyenneté est d'intérêt public, et que le propriétaire ne peut pas renoncer à un droit qui est d'ordre public. Il n'y a qu'une chose qui soit d'intérêt public dans la cession de la mitoyenneté, c'est que celui qui veut bâtir puisse rendre le mur mitoyen; mais on peut renoncer à la faculté de bâtir, en grevant son fonds de la servitude de ne pas bâtir; et alors il ne peut plus être

(1) Demolombe, t. XI, p. 415, n° 371. Lyon, 19 avril 1826 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 480); Bordeaux, 18 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 123).

question de réclamer la mitoyenneté du mur dans un intérêt général. Le voisin pourra encore rendre le mur mitoyen, mais ce sera une mitoyenneté imparfaite; il n'y a rien en cela qui lèse l'intérêt public (1).

Tout le monde est d'accord sur le principe. Mais l'application soulève une question sur laquelle il y a controverse et doute. Quand y a-t-il servitude de vue? Si elle est établie par titre, il n'y a pas de doute possible. Il en est de même lorsqu'il y a destination du père de famille, puisque, aux termes de l'article 692, elle vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes (2). Mais y a-t-il aussi servitude de vue quand le propriétaire d'un mur y a pratiqué des vues à une distance moindre que celle qui est déterminée par les articles 678 et 679, et que ces vues subsistent pendant trente ans? La cour de cassation de France et presque toutes les cours d'appel décident l'affirmative; elles jugent en conséquence que le voisin grevé de la servitude de vue peut à la vérité acquérir la mitoyenneté, mais une mitoyenneté limitée par la servitude dont son héritage est grevé (3). Il ne peut pas s'agir de boucher des fenêtres qui existent à titre de servitude; le voisin peut rendre le mur mitoyen, il peut même bâtir, mais il ne le peut qu'à condition de ne pas nuire au droit de vue dont il est grevé (4). Les cours de Belgique se sont prononcées pour l'opinion contraire. Nous examinerons la question plus loin, en traitant de la servitude légale de vue et de jours. La plupart des auteurs suivent l'opinion consacrée par la cour de cassation de France; nous croyons que c'est la bonne. Et dès que l'on admet le principe, la conséquence ne saurait être contestée.

520. Il y a, dans cette opinion, une différence capitale entre les jours dits de tolérance ou de souffrance et les

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 432 et note 65.
(2) Gand, 5 avril 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 196).
(3) Aubry et Rau, t. II, p. 432 et notes 66 et 67. Demolombe, t. XI, p. 417, n° 374. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 475. Il faut ajouter Bordeaux, 27 juin 1845 (Dalloz, 1845, 4, 480, n° 22); Bastia, 28 août 1846 (Dalloz, 1846, 2, 178); Nîmes, 7 mai 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).
(4) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Servitude*, nos 451, 1° et 476, 1°, et l'arrêt précité de Nîmes du 7 mai 1851.

vues. Les jours étant pratiqués en vertu du droit de propriété, n'imposent aucune charge au fonds voisin ; le maître de ce fonds peut toujours construire, demander la mitoyenneté et supprimer les jours. Tandis que les vues, quand il n'y a pas entre les deux héritages la distance prescrite par la loi, imposent une charge au fonds sur lequel elles donnent et engendrent une servitude, qui empêche le maître du fonds servant d'en exiger la suppression, alors même qu'il acquerrait la mitoyenneté du mur dans lequel elles sont pratiquées. L'application de ces principes n'est pas sans difficulté. Comment distinguera-t-on les jours et les vues? Les uns et les autres sont des fenêtres. Mais la loi prescrit pour les *jours* des restrictions et des conditions qu'elle n'établit pas pour la construction des *vues*. Si celui qui a pratiqué des *jours* s'est conformé aux dispositions des articles 676 et 677, la simple visite des lieux suffira pour décider la question. Quant aux *vues*, la décision est encore plus facile; la loi détermine la distance qui doit exister entre deux héritages pour que le propriétaire du mur puisse ouvrir des fenêtres dans son mur. Dès que cette distance n'existe pas, les *vues* pratiquées dans le mur ne peuvent être pratiquées qu'à titre de servitude; ce qui a toujours lieu dans notre espèce, puisque le droit d'acquérir la mitoyenneté implique que les deux héritages sont contigus. Reste à définir les *vues :* ce sont toutes fenêtres qui ne présentent pas les caractères des jours de tolérance définis par les articles 677 et 678.

Mais les faits ne répondent pas toujours aux dispositions de la loi. Il arrive assez souvent que les jours ne sont pas construits d'après les prescriptions du code. Cela suffit-il pour qu'ils constituent des vues? Une pareille décision serait trop absolue et dépasserait l'intention du législateur. En ordonnant que les jours présentent les caractères déterminés par les articles 676 et 677, le code ne dit pas que si l'un de ces caractères fait défaut, le jour sera considéré comme une vue. Alors même que le propriétaire du mur ne s'est pas en tout conformé à la loi, les jours peuvent rester des jours de tolérance, s'ils ne sont pas pratiqués de façon que le propriétaire ait une vue sur l'héri-

tage voisin. La difficulté devient donc une question de fait que le juge décidera d'après les circonstances. Si, malgré l'inobservation de la loi, les fenêtres sont des jours de tolérance, il n'y a pas de servitude; car la tolérance exclut l'idée d'une charge qui grève le fonds du voisin. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

521. L'effet de la mitoyenneté n'existe que lorsque le mur est devenu mitoyen par la cession que le voisin a obtenue. Cette cession est une vente, et la vente produit tous ses effets dès qu'il y a concours de consentement; seulement, dans le cas de l'article 661, le propriétaire du mur ne peut pas refuser d'en céder la mitoyenneté. S'il refusait, la cession se ferait par autorité de justice. Bien qu'il y ait une espèce d'expropriation, il n'est pas requis que l'indemnité soit préalable. La seule condition requise pour le transport de la mitoyenneté, sur la demande du voisin, est donc le consentement volontaire ou forcé du propriétaire du mur. Jusque-là, le mur n'est pas mitoyen, et par conséquent le voisin ne peut pas se servir du mur, le maître de la chose ayant le droit exclusif d'en user et jouir. Si le voisin pratiquait des travaux quelconques contre le mur ou dans le mur, le propriétaire aurait le droit d'en demander la suppression avec dommages-intérêts. Mais que faut-il décider si, sur cette demande, le défendeur déclarait vouloir acquérir la mitoyenneté? Il a été jugé que dans ce cas le voisin ne devait pas être condamné à supprimer les ouvrages, parce que la suppression serait frustratoire; à peine les travaux seraient-ils supprimés, que le voisin devenu copropriétaire pourrait les rétablir. Mais s'il avait causé un dommage, il resterait tenu de le réparer, car il est toujours vrai de dire que le dommage a été occasionné sans droit; c'est donc un quasi-délit, et l'acquisition de la mitoyenneté n'efface pas le fait dommageable (2).

(1) Nîmes, 7 mai 1851 (Dalloz, 1851, 2, 78). Lyon, 26 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 474, 2º). Aubry et Rau, t. II, p. 204 et suiv., et notes 19 et 20.

(2) Bruxelles, 16 janvier 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 271), 27 avril 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 175) et 21 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 75).

3. DROITS DU VENDEUR.

522. Nous avons qualifié de vente la cession de la mitoyenneté que le voisin peut demander en vertu de l'article 661. Un arrêt de la cour de cassation décide que la faculté exercée à titre de servitude par le voisin contre le propriétaire du mur n'est pas une vente, parce qu'elle n'en offre pas les éléments légaux. En effet, dit la cour, le libre consentement des parties est une condition essentielle de la vente, tandis que, dans le cas prévu par l'article 661, le consentement de celui qui doit céder la mitoyenneté est forcé. L'arrêt ajoute que les conditions et les conséquences de la copropriété du mur mitoyen sont réglées par les dispositions du titre des *Servitudes* et non par celles du titre de la *Vente* (1). Il nous semble que cette décision est en opposition avec le texte de la loi et avec les principes mêmes que la cour invoque. L'article 661 dit que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le *rendre mitoyen*. Cette expression est synonyme de celle qui se trouve dans l'article 660, aux termes duquel le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement du mur mitoyen peut en *acquérir la mitoyenneté*. Celui qui *acquiert* la mitoyenneté l'achète, car il doit *payer* ou *rembourser* au maître du mur la moitié de sa valeur (art. 660 et 661). Voilà bien les éléments de la vente, une chose, un prix et le consentement. Qu'importe que le propriétaire du mur soit obligé d'en vendre la mitoyenneté? Il y a bien des cas dans lesquels le consentement du vendeur est forcé. Celui qui est exproprié pour cause d'utilité publique ne peut pas refuser de vendre; le code civil et la Constitution disent qu'il est *contraint* de céder sa propriété, ce qui n'empêche pas cette cession d'être une vente. Eh bien, dans le cas de l'article 661, il y a aussi une expropriation pour cause d'utilité publique, puisque le propriétaire du mur est obligé d'en céder la copropriété pour des motifs d'intérêt général. Quoi qu'il soit

(1) Arrêt de rejet (de la chambre civile) du 17 février 1864 (Dalloz, 1864, 1, 87).

forcé de vendre, son consentement intervient néanmoins dans la vente, car on doit encore fixer le prix, et sur ce point il faut le concours du vendeur ou un jugement, qui implique également un contrat. Si la cession forcée de la mitoyenneté n'est pas une vente, qu'est-ce donc? La cour de cassation dit que les conditions et les conséquences de la mitoyenneté sont réglées au titre des *Servitudes*. Eh! qu'importe? La mitoyenneté n'est pas une servitude, c'est une copropriété. Mais admettons que ce soit une servitude; est-ce que les servitudes ne peuvent pas s'établir par titre? et le titre usuel n'est-il pas une vente? La mitoyenneté peut donc être achetée; elle l'est dans les cas prévus par les articles 660 et 661, donc il y a vente.

523. Puisqu'il y a vente, il faut appliquer les principes généraux qui régissent la vente. Le propriétaire du mur a-t-il le privilége du vendeur? Il a été jugé qu'il ne l'a pas, parce que l'article 661 ne le lui donne pas (1). Mauvaise raison. La loi donne un privilége à tout vendeur, au titre des *Priviléges*. Faut-il qu'elle répète une disposition de droit commun dans tous les articles où il est question d'une vente? On demande si l'action qu'il a en payement du prix est personnelle, réelle ou mixte (2)? Nous ne comprenons pas que la question soit posée. Est-ce que l'action du vendeur ne naît pas d'un contrat, d'un lien personnel? Donc elle est personnelle. Sans doute si l'acheteur ne paye pas, le vendeur a d'abord son privilége, qui est un droit réel et engendre une action réelle; mais la garantie d'un droit détermine-t-elle la nature de ce droit? Le vendeur a encore l'action en résolution qui réagit contre les tiers, mais cette action est étrangère au payement du prix, puisque, en cas de résolution, il n'y a plus de vente. Si la vente du mur mitoyen est résolue, le tiers acquéreur sera obligé, s'il veut conserver la mitoyenneté, de la payer; mais ce sera en vertu d'une acquisition nouvelle, et non en vertu d'une vente

(1) Paris, 23 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 427).

(2) Jugé qu'elle est mixte. Paris, 22 février 1834 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1096, 3°); rejet, 23 mars 1843 (Dalloz, au mot *Action*, n° 124). Comparez Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 174, note 24.

à laquelle il est resté étranger. Il n'y a donc rien de réel dans l'action en payement du prix. On objecte que la mitoyenneté est une servitude qui grève le fonds en quelque main qu'il passe (1). N'en est-il pas ainsi de toute servitude? La vente qui l'établit n'en est pas moins un contrat qui engendre des actions personnelles.

Si le propriétaire du mur, forcé d'en céder la copropriété, est un vendeur, et s'il a tous les droits naissant de la vente, il doit aussi être tenu des obligations qui incombent au vendeur. La cour de cassation a décidé qu'il n'est pas tenu de la garantie des vices cachés, parce que, d'après sa jurisprudence, il n'y a pas de vente. Il y a du moins un contrat à titre onéreux; et toute transmission de propriété faite à titre onéreux n'implique-t-elle pas l'obligation de garantie? De quel droit, celui qui a cédé la mitoyenneté d'un mur qui ne lui appartenait pas ou qui était vicié, conserverait-il le prix qui lui a été payé comme condition de la cession?

II. *Preuve de la mitoyenneté.*

a) *Présomptions.*

524. La mitoyenneté résulte toujours d'un concours de consentement; que le consentement soit libre ou forcé, peu importe. Donc elle est fondée sur un contrat, et en principe il faudrait appliquer les règles établies au titre des *Obligations conventionnelles* sur les preuves. S'il y a un écrit, il va sans dire qu'il fera preuve, sous les conditions et avec les effets déterminés par la loi. Mais le plus souvent il n'y a pas d'écrit, la construction du mur remonte à des temps très-éloignés, on n'a pas dressé d'acte ou l'acte s'est perdu. Comment décidera-t-on en ce cas la question de propriété? Pour prévenir les contestations qui s'élèvent si facilement entre voisins, le législateur a créé des présomptions, fondées, comme toutes les présomptions, sur

(1) Rapport de Troplong sur l'arrêt de rejet précité (Dalloz, t. III, p. 30).

des probabilités. Il y a, dans l'espèce, une probabilité qui trompe rarement. Deux voisins ont le même intérêt à la construction du mur qui sépare leurs héritages : n'est-il pas à peu près certain qu'ils auront construit ce mur à frais communs? La probabilité augmente encore dans les villes, où la clôture est forcée. Que si l'un des voisins a bâti après l'autre, sans qu'il ait contribué à élever le mur, n'est-il pas probable qu'il aura usé du droit que la loi lui donne d'en acquérir la mitoyenneté? Le propriétaire du mur aurait-il souffert que son voisin appuyât le bâtiment sur un mur qui ne lui appartient pas? Il y aura ou servitude ou copropriété. Le législateur s'est prononcé pour la copropriété, en se fondant sur l'intérêt du voisin; la copropriété donne des droits bien plus étendus que la servitude; le voisin est donc intéressé à acheter la mitoyenneté; c'est aussi l'intérêt du propriétaire du mur. Il y a là une probabilité de copropriété dont le législateur a fait une présomption (1). C'est une présomption légale. L'article 1350, n° 2, le dit, et cela va sans dire, puisque la loi l'établit. De là suit qu'il faut appliquer les principes qui régissent les présomptions légales, et avant tout la règle d'interprétation qui restreint les présomptions au cas précis pour lequel elles ont été établies; il n'y a donc d'autres présomptions de mitoyenneté que celles qu'un texte formel consacre

1. DU MUR QUI SÉPARE DEUX BATIMENTS.

525. L'article 653 porte que « dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge est présumé mitoyen. » *Héberge* est un vieux mot, tombé en désuétude, qui signifie toit, couverture, logement; ce dernier sens s'est conservé dans le mot *héberger*. Quand la loi dit que le mur est présumé mitoyen jusqu'à l'héberge, cela signifie, ainsi que Berlier l'a expliqué au conseil d'Etat, que le mur est la copropriété des deux voisins jusqu'au point où les deux bâtiments de

(1) Duranton, t. V, p. 294, n° 301. Demolombe, t. XI, p. 346, n° 315.

hauteur inégale peuvent profiter du mur commun (1). L'excédant du mur appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé; il en serait ainsi alors même que l'excédant dépasserait le toit de ce bâtiment, parce que c'est la suite et la dépendance de la partie du mur qui fait l'objet d'une propriété exclusive. Il n'y a pas à distinguer si le bâtiment est situé à la campagne ou dans une ville; le texte de la loi le dit, et cela est aussi fondé en raison, puisque la probabilité sur laquelle la présomption repose a la même force, quel que soit le lieu où se trouvent les bâtiments : l'intérêt que les deux voisins ont à une clôture commune est partout le même (2).

526. Le code dit que le mur qui sert de séparation *entre bâtiments* est présumé mitoyen. Y a-t-il aussi présomption de mitoyenneté lorsque le mur sépare une maison d'une cour ou d'un jardin? La question est controversée, il n'y a pas moins de trois opinions. Elle se réduit cependant à des termes très-simples, et la cour de cassation l'a décidée en une ligne (3). Il n'y a pas de présomption légale sans loi, donc pas de présomption de mitoyenneté sans texte. Et que dit l'article 653? Il établit une présomption de mitoyenneté *entre bâtiments;* donc elle n'existe que si les deux héritages sont des bâtiments; partant il n'y a plus de présomption légale lorsque l'un des héritages est une maison et l'autre un fonds non bâti. Cela décide la question. Vainement donnerait-on les meilleures raisons du monde pour étendre la présomption à des cas non prévus par la loi; nous écartons toutes ces objections par une fin de non-recevoir. C'est ainsi que l'on s'est prévalu de l'autorité de Pothier pour établir une présomption de propriété dans les villes où la clôture est forcée, quelle que soit la nature des deux héritages (art. 663); on en conclut qu'il est probable que l'un des voisins aura forcé l'autre à contribuer à la construction du mur qui sépare les deux héritages. Probable, oui; mais la probabilité ne devient une

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, n° 17 (Locré, t. IV, p. 168).
(2) Duranton, t. V, p. 297, n° 303. Aubry et Rau, t. II, p. 418, note 5.
(3) Arrêt de rejet du 4 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 358).

présomption légale que lorsque le législateur l'établit. Et il s'est bien gardé d'établir celle qu'on veut introduire dans la loi. Celui qui construit un mur de clôture de deux mille francs, ne pourrait faire contribuer son voisin, propriétaire d'un terrain non bâti, que pour une centaine de francs, parce que celui-ci n'a pas intérêt à la construction d'un gros mur; or, l'un des voisins préférera avoir la propriété exclusive du mur, et l'autre ne tiendra pas à payer, ne fût-ce que cent francs, pour un mur qui ne lui est pas nécessaire. Nous croyons inutile d'insister (1).

2. DU MUR QUI SÉPARE LES COURS ET JARDINS ET ENCLOS.

527. « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre cours et jardins est présumé mitoyen » (art. 653). Ici il n'y a plus à distinguer si les deux héritages sont des cours ou des jardins; la loi ne dit pas que la présomption existe lorsqu'un mur sépare *deux cours* ou *deux jardins*; elle dit que tout mur qui sépare des *cours et jardins* est présumé mitoyen. Cela est aussi fondé en raison; si le propriétaire d'une maison joignant un fonds non bâti a un intérêt infiniment plus grand à la clôture que son voisin; il n'en est pas de même quand l'un des héritages est une cour et l'autre un jardin; l'intérêt est identique, donc il y a lieu de présumer que la clôture est commune (2).

L'article 653 établit la même présomption de mitoyenneté entre enclos dans les champs. Qu'entend-on par *enclos?* Les avis sont partagés. Puisque la loi ne définit pas l'enclos, il faut décider que toute clôture constitue un enclos; la seule condition qui résulte du texte, c'est que le fonds soit clos de tous côtés. Quand cette condition existe, il importe peu quelle est la nature du terrain clôturé; que ce soit un pré ou un champ, la loi ne distingue pas, et il n'y

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 353, n° 323. Duranton discute longuement la question, t. V, p. 297, n° 303. La jurisprudence, dans Dalloz, au mot *Servitude*, n°s 213 et 413, 2°. Il faut ajouter Liége, 17 janvier 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 136).

(2) Duranton, t. V, p. 305, n° 304. Demolombe, t. XI, p. 357, n° 325.

avait pas lieu de distinguer. Ce qui, dans les campagnes, détermine la présomption, c'est que les deux voisins ont pris soin de se clore entièrement; dès lors il est probable que le mur qui les sépare est commun, l'un et l'autre ayant le même intérêt à sa construction.

528. Dans les champs, les héritages doivent être clos pour que le mur qui les sépare soit présumé mitoyen. On demande si cette même condition de clôture est exigée pour les cours et jardins? La question est controversée; il nous semble que le texte la décide. On ne peut rien ajouter aux présomptions comme on n'en peut rien retrancher; or, l'article 653 n'exige pas que les cours et jardins soient clos. Si telle avait été la volonté du législateur, il eût été inutile de parler des cours et jardins, il eût suffi de dire : *et les enclos* (1).

529. Les murs qui servent de soutenement à une terrasse sont-ils présumés mitoyens? Cette question aussi est controversée; pour la résoudre, on fait diverses distinctions, en considérant l'intérêt que peuvent avoir les deux voisins à la construction du mur. La réponse, à notre avis, se trouve dans le texte de l'article 653. Pour qu'un mur soit mitoyen, il faut qu'il serve de séparation entre deux héritages. C'est la condition essentielle : le mur de terrasse sépare-t-il les deux héritage scontigus, il sera mitoyen : n'est-ce pas un mur de séparation, il n'y aura pas présomption de mitoyenneté (2).

b) *Quand cessent les présomptions de mitoyenneté.*

1. DE LA PREUVE CONTRAIRE.

530. L'article 653, qui établit les présomptions de mitoyenneté, ajoute : « S'il n'y a titre ou marque du contraire. » Est-ce à dire qu'il faille nécessairement soit un

(1) Demolombe, t. XI, p. 359, nº 327. En sens contraire, Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 771.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 419 et note 10. Orléans, 19 janvier 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7). Comparez Demolombe, t. XI, p. 363, nº 330.

titre, soit des marques du contraire pour que les présomptions de mitoyenneté tombent? Oui, quand ces présomptions existent. Mais toute présomption implique certaines conditions d'existence; si ces conditions font défaut, il n'y a pas de présomption, et dans ce cas il ne peut pas s'agir de faire la preuve contraire à une présomption qui n'existe pas. Il faut donc distinguer. Quand l'existence de la présomption n'est pas attaquée, on doit produire un titre ou invoquer des marques de non-mitoyenneté, si l'on prétend que le mur présumé mitoyen est la propriété exclusive de l'un des voisins. Si l'on prétend que la présomption n'existe pas, il faut prouver que les conditions auxquelles la présomption est subordonnée n'existent pas. Quelles sont ces conditions? D'après le texte de l'article 653, il n'y en a que deux : il faut d'abord qu'il y ait deux bâtiments, des cours ou jardins ou des enclos : il faut ensuite qu'il y ait un mur qui sépare ces héritages. Nous avons déjà dit que si un mur sépare un bâtiment d'une cour ou d'un jardin ou d'un enclos, il n'y a pas présomption de mitoyenneté; de même si dans les champs les deux héritages n'étaient pas clos en entier. Il faut aussi que le mur soit un mur de *séparation*, ce qui implique que les deux héritages appartiennent à des propriétaires différents. On demande si cette condition doit exister lors de la construction du mur? Pour les bâtiments, on ne l'exige pas, puisque la mitoyenneté peut avoir été acquise lorsque le voisin a construit contre un mur déjà existant; tout ce que le propriétaire primitif du mur peut demander en ce cas, c'est que le prix de la mitoyenneté lui soit payé, si trente années ne se sont pas écoulées depuis la construction. Mais que le prix ait été payé ou non, la présomption n'en existe pas moins, du moment qu'un tiers a construit contre le mur. Nous disons un tiers, c'est-à-dire le voisin. Si la construction avait été élevée par le propriétaire du mur, et que le bâtiment fût ensuite aliéné, il n'y aurait pas présomption de mitoyenneté, car on ne se trouverait pas dans les conditions que la loi suppose; le mur ne serait mitoyen, ni comme ayant été construit entre deux bâtiments, puisque lors de sa construction il n'y en avait qu'un, ni comme ayant été ac-

quis par le voisin, puisque ce n'est pas le voisin qui a construit (1).

Quant au mur qui sépare des cours et jardins, il faut toujours se reporter au moment où il a été construit; dès ce moment il a dû séparer deux héritages appartenant à des propriétaires différents pour qu'il y ait présomption de mitoyenneté; car entre cours et jardins il n'y a pas de constructions postérieures lors desquelles la mitoyenneté aurait pu être acquise; il faut donc qu'elle l'ait été alors que le mur a été élevé; si à ce moment le mur ne sépare pas deux héritages, la présomption de mitoyenneté tombe. Quant aux enclos, il faut appliquer ce que nous venons de dire des bâtiments; le mur peut avoir été construit lorsque les deux héritages ont été clôturés; il peut encore l'avoir été au moment où, l'un des héritages étant déjà clos, le voisin a aussi clos le sien.

531. Les présomptions de l'article 653 peuvent se trouver en conflit avec la présomption établie par l'article 552 : laquelle l'emportera? D'après l'article 552, la propriété du sol emporte la propriété du dessus; de là l'article 553 tire la conséquence que toute construction sur un terrain est présumée faite par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé. Quand donc un mur qui sépare deux héritages est construit sur le sol de l'un des voisins, il est présumé lui appartenir; et il est aussi présumé mitoyen en vertu de l'article 653. Dans ce conflit, c'est au juge à se décider en faveur de l'une ou de l'autre de ces présomptions, d'après les faits et les circonstances de la cause; il ne peut pas les appliquer l'une et l'autre, puisqu'il en résulterait que le mur est tout ensemble propriété exclusive et copropriété; il faut donc qu'il choisisse. Puisque la preuve contraire est admise dans l'un et l'autre cas, le juge peut se prononcer en faveur de l'une des présomptions et écarter l'autre (2).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 420 et notes 11 et 12. Arrêt de rejet du 10 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 483). Comparez Demolombe, t. XI, p. 350, nº 321 et Bourges, 21 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 441).
(2) Arrêt de rejet du 11 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 1, 114).

2. DU TITRE CONTRAIRE.

532. Qu'entend-on par titre? Faut-il un écrit authentique ou sous seing privé constatant que le mur litigieux est la propriété exclusive de l'un des voisins? La doctrine et la jurisprudence s'accordent à repousser la preuve testimoniale (1). Cela nous paraît très-douteux. Quand une présomption légale admet la preuve contraire, cette preuve consiste dans tous les moyens que la loi consacre pour établir un fait juridique, donc la preuve testimoniale est admissible contre les présomptions, bien entendu dans les limites déterminées par la loi; il faut que la valeur pécuniaire du litige ne dépasse pas cent cinquante francs, ou il faut un commencement de preuve par écrit. Tel est le droit commun; l'article 653 y a-t-il dérogé? Il exige un *titre*. Ce mot est quelquefois synonyme d'acte, d'écrit; d'ordinaire il signifie un fait juridique qui engendre un droit ou une obligation : la donation, le testament, la vente, l'échange, le partage sont des titres. Faut-il, pour la validité du titre, qu'il y ait un écrit? Pour les titres onéreux, non; la vente peut se prouver par témoins. Si donc les deux fonds contigus avaient été vendus, et que lors de la vente la propriété exclusive du mur eût été réservée à l'une des parties, il y aurait titre, et, d'après le droit commun, ce titre peut être prouvé par témoins, si la valeur du litige ne dépasse pas cent cinquante francs, ou s'il y a un commencement de preuve par écrit. Pourquoi l'article 653 aurait-il dérogé à ces principes? On n'en voit aucune raison. Dès lors on doit s'en tenir au droit commun.

533. Faut-il que le titre soit commun aux deux parties? La cour de cassation a décidé que cette condition n'est pas requise, parce que l'article 653 ne l'exige pas (2). C'est mal raisonner, nous semble-t-il. Il faut voir avant tout si la condition ne résulte pas des principes généraux; en ce cas, il n'est pas nécessaire qu'elle soit reproduite

(1) Demolombe, t. XI, p. 367, n° 333; Aubry et Rau, t. II, p. 421 et note 17. Angers, 3 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 18).
(2) Arrêt de rejet du 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 85).

dans tous les articles qui en impliquent l'application : les principes doivent être appliqués à tous les cas qui peuvent se présenter, à moins que la loi n'y ait fait exception. La question est donc celle-ci : Y a-t-il une règle de droit? et l'article 653 y fait-il exception? Or, il est élémentaire que je ne puis pas prouver mon droit de propriété contre vous par un titre qui émane d'un tiers. Donc pour faire preuve, le titre invoqué par celui qui se dit propriétaire doit être commun à la partie contre laquelle il s'en prévaut (1).

3. DES MARQUES DE NON-MITOYENNETÉ.

534. Aux termes de l'article 654, « il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné. » Dans ce cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel est l'égout. La raison en est que l'égout est un inconvénient; si le mur était commun, on ne l'aurait pas construit de manière que l'un des voisins eût seul la charge de l'égout; il y a donc présomption de propriété exclusive en faveur de celui qui supporte seul la charge. Cette marque de non-mitoyenneté, écrite dans le mur, doit l'emporter sur la présomption générale de mitoyenneté.

Il y a encore marque de non-mitoyenneté lorsqu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon, ou des filets et corbeaux de pierre, s'ils y ont été mis en bâtissant le mur. Le *chaperon* est une espèce de toit placé au haut du mur ; quand le chaperon n'existe que d'un côté, le mur présente un plan incliné, et par suite l'égout est du côté où se trouve le chaperon ; de là une présomption de propriété exclusive en faveur du propriétaire qui reçoit les eaux. Le *filet* est la partie du chaperon qui déborde le mur pour empêcher les eaux pluviales de le dégrader; quand il n'y a de filets que

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 421 et note 16. Comparez Demolombe, t. XI, p. 368, nos 334. 335.

d'un côté, la charge de l'égout pèse exclusivement sur le fonds du côté duquel sont les filets, ce qui fait présumer que le maître de ce fonds a la propriété exclusive du mur. Les *corbeaux de pierre* sont des pierres en saillie destinées à supporter les poutres et solives du bâtiment que l'on construit ou que l'on construira plus tard; dans ce cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont les corbeaux, parce que la construction du mur témoigne qu'il ne doit servir qu'à lui (1).

La loi veut que les filets et les corbeaux soient de pierre. Pothier nous en dit la raison : c'est qu'il serait très-facile à un voisin qui voudrait s'attribuer la propriété du mur, de faire de son côté de ces filets en plâtre, à l'insu du voisin (2). Par la même raison, la loi exige que les filets et les corbeaux aient été placés en bâtissant le mur. S'ils l'ont été depuis, la raison de la présomption cesse, et par suite la présomption de mitoyenneté conserve toute sa force. Ce sont les gens de l'art qui décideront si les filets et corbeaux ont été mis lors de la construction du mur. Ils décideront aussi si les filets et corbeaux ont la destination que la loi leur suppose, et à raison de laquelle elle présume la non-mitoyenneté du mur. Ainsi il a été jugé que le filet n'est plus une présomption de propriété exclusive, quand il n'a pas pour objet de faciliter l'égout (3).

Il y a quelque difficulté concernant la preuve. Des filets de pierre existent dans un mur; faut-il que celui qui invoque ces marques de non-mitoyenneté prouve qu'ils ont été mis en bâtissant? L'affirmative n'est pas douteuse, puisque c'est là une condition requise par la loi pour que la présomption existe, et c'est au demandeur à établir l'existence de la présomption dont il se prévaut. Mais que faut-il décider si ces marques existent depuis trente ans? Merlin répond que leur existence trentenaire est une présomption légale qu'elles ont été faites régulièrement (4).

(1) Pardessus, t. Ier, p. 379, no 162. Duranton, t. V, p. 308, no 309. Demolombe, t. XI, p. 370, no 336.
(2) Pothier, *De la société*, no 205. Demolombe, t. XI, p. 372, no 337
(3) Rennes, 9 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Servitude*, no 436).
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mitoyenneté*, § I, no 6, suivi par tous les auteurs (Aubry et Rau, t. II, p. 422 et note 20).

Cela est douteux. L'expression, en tous cas, est inexacte : il ne peut être question d'une présomption légale sans loi. Il faut donc voir si la prescription trentenaire dispense celui qui invoque des marques de non-mitoyenneté de l'obligation de prouver qu'elles ont été placées en bâtissant. La prescription fait acquérir la propriété; nous verrons plus loin si les marques de non-mitoyenneté peuvent être combattues par la prescription. Pour le moment, il s'agit de savoir si celui qui allègue ces marques comme présomption de non-mitoyenneté est dispensé de prouver, après trente ans, qu'elles ont été mises en bâtissant. La prescription trentenaire a deux effets : elle est extinctive ou acquisitive. La prescription acquisitive est hors de cause, elle exige des conditions spéciales de possession. Quant à la prescription extinctive, elle ne pourrait être opposée au voisin qui ne demande rien, parce qu'il a pour lui la présomption de mitoyenneté; c'est l'autre propriétaire qui se prévaut de marques de non-mitoyenneté pour soutenir qu'il est propriétaire exclusif : il faut qu'il le prouve, et est-il dispensé de la preuve parce que l'état des choses sur lequel il se fonde existe depuis trente ans? La loi n'attache pas cet effet à la longue durée des marques; et dans le silence de la loi, nous ne voyons pas sur quel principe on se fonderait pour dispenser le demandeur de prouver le fondement de sa demande.

535. Si les marques de non-mitoyenneté existent des deux côtés du mur, sera-t-il présumé mitoyen? Dans l'ancien droit, on admettait cette présomption. Le code ne la reproduit pas; cela décide la question. Si le mur est un de ceux que l'article 653 présume mitoyens, on n'a pas besoin d'invoquer les marques de non-mitoyenneté. Que si le mur n'est pas présumé mitoyen par la loi, il est par cela même propriété exclusive de l'un des voisins, et cette preuve ne peut pas être combattue par des marques qui semblent indiquer que le mur est commun; cela peut être probable, mais une probabilité n'est pas une présomption légale. Si donc il y avait dans les champs un enclos, et que la propriété contiguë ne fût pas close, le mur serait la propriété du maître de l'enclos, quand même il présente-

rait des deux côtés des marques de non-mitoyenneté, des chaperons, par exemple, ou des filets (1).

536. Peut-on invoquer d'autres marques de non-mitoyenneté que celles qui sont énumérées dans l'article 654? La question est controversée et a donné lieu à trois opinions diverses. Elle ne nous paraît pas douteuse. L'article 653 commence par dire que les présomptions de mitoyenneté tombent quand il y a des marques du contraire. Si le législateur avait voulu admettre toutes les marques qui étaient usitées ou qui pourraient s'introduire à l'avenir, il aurait dû se borner à poser le principe en renvoyant aux usages locaux ; est-là ce qu'il a fait? Du tout ; il définit avec soin dans l'article 654 quelles sont les marques de non-mitoyenneté. Vainement dit-on que l'article n'est pas conçu en termes restrictifs ; la restriction résulte de la nature même de ces marques. En effet, elles établissent une présomption de propriété exclusive : « *dans ces cas*, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. » Il y a donc une présomption de propriété *dans les cas* prévus par la loi. Etend-on des présomptions? La question seule est une hérésie juridique, les présomptions légales étant, par leur essence, de la plus stricte interprétation. S'il fallait appuyer cette décision sur l'intention du législateur, nous invoquerions l'autorité d'Albisson, le rapporteur du Tribunat, lequel dit dans son discours : « Le projet imprime le sceau de la loi à la mitoyenneté *présumée;* » puis « il *détermine précisément* les marques de non-mitoyenneté. » A quoi bon déterminer avec tant de précision ces marques, en entrant dans des détails techniques, si l'on voulait s'en rapporter non-seulement au fait actuel, mais encore au fait futur (2)?

536 *bis*. Comment les présomptions de non-mitoyenneté

(1) Demolombe, t. XI, p. 374, n° 339. Duranton, t. V, p. 314, n° 312. Aubry et Rau, t. II, p. 422 et note 23.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 422 et note 18. Rennes, 9 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 436). Angers, 3 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 18). En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 378, n° 341. Liége, 19 janvier 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 235). Il y a une troisième opinion soutenue par Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 773.

peuvent-elles être combattues? L'article 653 dit que les présomptions de mitoyenneté cèdent devant un titre ou la marque du contraire ; dans l'article 654, il n'est rien dit de la preuve contraire à la présomption de propriété exclusive qui résulte des marques de non-mitoyenneté. Il faut donc appliquer le droit commun. Or, il est de principe que toute présomption légale admet la preuve contraire, sauf dans les cas prévus par l'article 1353, et il est certain que les présomptions de propriété ne rentrent dans aucune de ces exceptions. La preuve contraire est donc admise. Et qu'entend-on par là? Les preuves de droit commun, telles qu'elles sont formulées au titre des *Obligations*. Il y a, sous ce rapport, une différence entre la présomption de l'article 654 et celle de l'article 653. Dans l'article 653, la loi énumère les preuves contraires, et comme elle ne mentionne que le titre et les marques de non-mitoyenneté, on en a conclu que la preuve testimoniale était exclue. On ne peut pas dire cela de la présomption de propriété que l'article 654 établit, puisque, dans le silence de la loi, c'est le droit commun qui doit recevoir son application; donc on peut alléguer non-seulement des titres authentiques ou sous seing privé, mais aussi la preuve testimoniale, bien entendu dans les limites tracées par le code civil (1).

537. Les signes de non-mitoyenneté céderaient donc devant un titre qui établirait la mitoyenneté. Il faut dire plus : le titre pourrait établir la propriété exclusive du mur en faveur de celui des voisins du côté duquel ne seraient pas l'égout, les filets ou corbeaux de pierre, car la présomption n'est qu'une probabilité, et il ne peut plus s'agir de probabilité quand on est en présence de la certitude. On fait cependant une restriction à cette décision : il y a des auteurs qui enseignent que les marques l'emporteraient si elles avaient une existence de trente ans postérieure au titre. Nous croyons avec Duranton que c'est une erreur. Le titre donne la preuve certaine soit de la mitoyenneté, soit de la propriété exclusive du mur en faveur de celui qui n'a pas les marques pour lui; or une preuve certaine ne

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 600, n° 507 *bis* VI

peut pas être combattue par des probabilités; la loi permet bien d'opposer des marques de non-mitoyenneté à une présomption de mitoyenneté, elle ne permet jamais de combattre un titre par des présomptions. Il en serait autrement si, outre les marques de non-mitoyenneté, le voisin avait opposé à celui qui a un titre une contradiction contre le droit qui en résulte; encore est-il douteux que la contradiction seule suffise; elle ne pourrait être invoquée, nous semble-t-il, qu'à l'appui de la prescription; car on a beau contredire un titre, on ne peut par là détruire une preuve à laquelle on a concouru, puisque nous supposons que le titre est commun aux deux voisins (1). Il nous reste à voir si l'on peut se prévaloir de la prescription.

4. DE LA PRESCRIPTION.

538. La prescription peut-elle être invoquée contre les présomptions de mitoyenneté et de non-mitoyenneté? L'affirmative n'est pas douteuse. Qu'est-ce, en effet, qu'une présomption? Une preuve reposant sur une probabilité. Cette preuve disparaît devant un titre, c'est-à-dire devant un fait juridique, tel qu'une convention qui établit d'une manière certaine la propriété ou la mitoyenneté. Or, la prescription est aussi un titre; le code la place parmi les modes qui transmettent la propriété (art. 711); c'est même le plus puissant des titres, car elle a été établie précisément pour mettre fin à l'incertitude que laissent les preuves, fût-ce la preuve littérale. Donc la prescription peut à plus forte raison être opposée à de simples probabilités érigées en présomptions. Quel est, en définitive, l'effet des présomptions légales? Elles dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent (art. 1352); mais l'autre partie est admise à la preuve contraire; eh bien, elle fait cette preuve en établissant qu'elle a acquis la propriété exclusive ou la mitoyenneté par la prescription.

(1) Duranton, t. V, p. 312, n° 311 et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 422, note 22. En sens contraire, Pardessus, t. I[er], p. 377, n° 161, et Taulier, t. II, p. 382.

Cela répond à l'objection que l'on pourrait tirer du silence de la loi. En établissant la présomption de mitoyenneté pour les haies qui séparent deux héritages, l'article 670 ajoute : « S'il n'y a titre ou *possession suffisante* au contraire. » Le code ne mentionne pas la *possession*, quand il est question des présomptions qui établissent la mitoyenneté d'un mur (art. 653), et l'article 654, d'où résulte une présomption de propriété exclusive, ne réserve aucune preuve contraire. Mais le silence de l'article 653 ne prouve pas plus que le silence de l'article 654; il ne suffit pas du silence de la loi pour écarter l'application des principes généraux, il faut pour cela un texte qui établisse une exception. Dès qu'il n'y a pas d'exception, nous restons sous l'empire de la règle (1).

539. Un mur est présumé mitoyen, aux termes de l'article 653. L'un des communistes peut-il en prescrire la propriété exclusive? En principe, la question ne souffre aucun doute. Il a toujours été admis que l'un des copropriétaires d'une chose indivise en peut acquérir la propriété exclusive par la prescription. En fait, la prescription sera toujours très-difficile à établir. Il faut naturellement que les conditions requises par la loi existent; il faut donc une possession à titre de propriétaire; or, celui qui allègue la prescription était copropriétaire, il avait donc le droit de faire des actes de propriété; comment distinguer la possession de communiste de la possession de propriétaire exclusif? On dira qu'il y a des actes que le communiste ne peut pas faire en cette qualité; si donc il les fait, il y a acte de propriété exclusive, partant une possession suffisante pour prescrire. Cela serait vrai s'il ne pouvait pas faire ces mêmes actes à titre de servitude; or, le communiste peut acquérir une servitude sur la chose commune. De là une nouvelle difficulté; en pratiquant des fenêtres dans un mur mitoyen, le communiste a-t-il agi à titre de propriété ou à titre de servitude? Les difficultés sont réelles, mais une difficulté de preuve ne constitue pas une impos-

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 599, n° 507 *bis* V.

sibilité légale; ce sont des questions de fait abandonnées à la prudence du juge (1).

Un mur est la propriété exclusive de l'un des voisins, soit qu'il ait un titre, soit qu'il y ait de son côté des marques de non-mitoyenneté. L'autre voisin en pourra-t-il acquérir la mitoyenneté par la prescription? La décision est la même, et les difficultés de fait ne sont guère moindres. On peut prescrire la propriété, donc aussi la copropriété. Mais comment distinguer les actes de possession impliquant l'exercice d'une propriété exclusive de ceux qui ne supposent que la copropriété? Et comment distinguer la possession de communiste de celle qui n'est exercée qu'à titre de servitude? Il a été jugé que le fait de l'un des voisins d'adosser contre un bâtiment séparatif de propriétés le mur d'une plate-bande, d'y appuyer des espaliers, d'y fixer des crochets en fer pour soutenir des arbres, ne constitue que des actes de simple tolérance qui ne peuvent faire acquérir ni propriété ni copropriété (2). Il est difficile d'approuver ou de critiquer des arrêts de fait, tout dépendant de l'appréciation des circonstances de la cause.

540. Quel est l'effet de la possession annale? Détruit-elle les présomptions établies par le code en matière de mitoyenneté? La question est surtout agitée pour les haies mitoyennes, mais elle peut aussi se présenter pour les fossés et les murs mitoyens; les principes, dans tous les cas, sont les mêmes. Il y a une différence de rédaction dans les textes, mais qui est insignifiante. Nous en avons déjà fait la remarque. L'article 670, aux termes duquel la haie qui sépare deux héritages est mitoyenne, ajoute : « S'il n'y a possession suffisante au contraire; » les articles 653, 654 et 666 ne contiennent pas cette réserve. Mais il est incontestable que si la possession annale détruit la présomption de mitoyenneté d'une haie, elle doit suffire aussi pour détruire la présomption de mitoyenneté des fossés et des murs. La question divise les auteurs; la jurisprudence est

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. II, p. 421, note 14. Pau, 18 août 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 413, 2°).

(2) Arrêt précité de Pau du 18 août 1834. Comparez Demolombe, t. XI, p. 385, n° 347; Aubry et Rau, t. II, p. 423 et note 24.

constante, elle se prononce contre l'effet que l'on veut attribuer à la possession annale. Nous n'hésitons pas à nous ranger du côté de la jurisprudence.

La question se réduit à des termes très-simples. Qu'est-ce qu'une présomption de mitoyenneté ou de propriété exclusive? Toute présomption est un mode de preuve, rien que cela; sur ce point les partisans de l'opinion que nous combattons ont parfaitement raison. La preuve de quoi? Que celui qui a cette présomption en sa faveur est propriétaire ou copropriétaire du mur litigieux. Et qu'est-ce que la possession annale? Celui qui depuis une année est en possession paisible d'un fonds, à titre non précaire, a les actions possessoires pour se faire maintenir en possession (code de procédure, art. 23). Celui qui se prétend propriétaire du fonds peut encore agir au pétitoire, mais là il doit prouver sa propriété; tandis que le possesseur maintenu en possession n'a rien à prouver. Comment le demandeur établira-t-il qu'il est propriétaire? Il fera cette preuve d'après le droit commun; si donc il a en sa faveur une présomption, il peut l'invoquer. Il suffit d'appliquer ces principes élémentaires à notre question pour la décider. L'un des voisins est ou se prétend en possession de la mitoyenneté d'un mur; l'autre se dit propriétaire exclusif du mur litigieux. Si le premier possède depuis un an, à titre non précaire, il l'emportera au possessoire, le juge de paix le maintiendra en possession de la mitoyenneté. L'autre pourra agir au pétitoire, et là il sera tenu de prouver qu'il est propriétaire du mur. Comment fera-t-il cette preuve? D'après le droit commun, donc en invoquant un titre ou la prescription; il peut aussi se prévaloir des présomptions établies par les articles 653 et 654, c'est la plus facile des preuves, puisqu'elle résulte de la loi; il n'aura qu'une chose à prouver, c'est que la présomption existe en sa faveur. Le défendeur lui opposera-t-il la possession annale? dira-t-il que cette possession détruit la présomption légale? On le prétend; mais cela est en opposition avec les principes élémentaires que nous venons de rappeler. La possession annale n'a d'autre effet que de maintenir le possesseur dans sa possession, et de forcer son adversaire à

agir au pétitoire, où, comme demandeur, il devra faire preuve de sa propriété. Eh bien, il la prouve par la présomption légale des articles 653 et 654. Vainement le possesseur lui opposera-t-il que la possession annale établit en sa faveur une présomption de propriété ; le seul effet de cette présomption de propriété est de le maintenir en possession et de rejeter sur son adversaire le fardeau de la preuve quand le débat s'engagera au pétitoire. Cette preuve, il la fait en invoquant la présomption légale, conformément aux articles 1350 n° 2 et 1352. Dès lors il n'a plus rien à prouver; sauf au défendeur à faire la preuve contraire. Cette preuve contraire, il ne la fera évidemment pas en se prévalant de la possession annale, car la possession annale n'a rien de commun avec la propriété (1).

III. *Obligations dérivant de la mitoyenneté.*

a) *Réparations et reconstruction.*

541. La mitoyenneté est une copropriété. De là suit le principe formulé par Pothier : « La communauté du mur mitoyen forme, entre ceux auxquels il appartient en commun, les mêmes obligations que forme la communauté des autres choses. » Chacun des voisins, continue Pothier, est donc obligé d'apporter à la conservation du mur mitoyen les soins que les pères de famille ont coutume d'apporter à la conservation de ce qui leur appartient. Si donc le mur était dégradé ou ruiné par la faute de l'un des communistes, pour avoir été froissé par les charrettes de ce voisin, ou par celles qu'il recevait dans sa cour, il serait tenu de réparer ou de reconstruire le mur à ses dépens, car il est en faute de n'avoir pas mis des bornes ou de n'avoir pas préservé le mur d'une autre manière, comme tout propriétaire le ferait (2).

(1) Demolombe, t. XI, p. 386, n° 349. Aubry et Rau, t. II, p. 422 et note 21. Marcadé, t. II, p. 581-583, article 670, n° III. En sens contraire, Duranton, t. V, p. 317, n° 314. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 206, n° 305; Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 784. Nous donnerons la jurisprudence en traitant des haies mitoyennes.

(2) Pothier, *De la société*, n° 219.

542. L'article 655 consacre une conséquence de ces principes : « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. » Comme le mur peut ne pas être mitoyen pour le tout, les frais doivent être proportionnés au droit de chacun. Pour la partie commune, ils sont supportés en commun, c'est-à-dire par moitié, quelle que soit la valeur des deux héritages ; le mur n'en est pas moins une propriété commune aux deux voisins. Il n'y a pas à distinguer si les réparations sont seulement nécessaires d'un côté du mur, ou si elles portent sur les deux faces. Un arrêt de la cour de Grenoble a jugé que, dans le premier cas, le propriétaire du côté duquel les réparations se font doit seul payer la dépense (1). Il faut se garder d'ériger cette décision en principe, elle peut être juste en fait, s'il y a faute de la part de ce propriétaire ; c'est ce que l'arrêt ne constate pas. S'il n'y a pas faute, il faut appliquer le principe que là où les droits et les intérêts sont communs, les charges aussi doivent être communes (2).

543. Si les réparations et reconstructions sont devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, les frais seront à sa charge. C'est la conséquence du principe établi par Pothier (n° 541). Il faut ajouter qu'il sera tenu de réparer le dommage que les réparations ou reconstructions pourront causer à son copropriétaire : telles sont les privations de jouissance, les incommodités, les pertes que le voisin aura éprouvées. C'est l'application du droit commun concernant les faits dommageables. Domat, suivant en cela les lois romaines, met une restriction à cette obligation : si le voisin avait fait des peintures précieuses sur le mur commun, on ne devrait lui tenir compte que de la valeur de peintures ordinaires, car lui-même est coupable, en ce cas, de quelque imprudence (3). Les juges peuvent admettre ce tempérament d'équité, car c'est à eux à appré-

(1) Grenoble, 20 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 476, 2°).
(2) Demolombe, t. XI, p. 447, n° 387. Aubry et Rau, t. II, p. 423 et note 25.
(3) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XII, section IV, n° 4.

cier la cause des dommages-intérêts et à en fixer l'étendue.

544. L'un des voisins démolit les constructions qui s'appuyaient sur le mur mitoyen et élève des constructions nouvelles plus considérables; il se trouve que le mur n'est pas capable de les soutenir. On demande si le mur plus épais qui devra être construit sera une charge commune? Il a été jugé que l'article 655, en mettant à charge des deux copropriétaires la réparation et la reconstruction du mur mitoyen, doit être restreint au cas où la nécessité de la réparation et de la reconstruction provient de la vétusté et de la force majeure; mais qu'il ne saurait être appliqué au cas où, le mur étant bon et de durée, l'un des copropriétaires voudrait appuyer contre le mur mitoyen des constructions beaucoup plus considérables que celles établies primitivement; que c'est alors au voisin dans l'intérêt duquel la reconstruction doit être faite, à supporter à ses frais la reconstruction avec toutes ses conséquences (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? Aux termes de l'article 657, tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen. S'il bâtit et si le mur n'est pas en état de supporter la construction, sera-t-il tenu de payer seul les frais d'un mur plus solide? Non, certes, puisque bâtir contre le mur mitoyen est un droit du copropriétaire; le mur étant destiné à supporter les constructions des deux voisins, devra être reconstruit à frais communs, quand même il serait encore bon et de durée. Que si l'un des copropriétaires démolit un bâtiment pour en construire un autre plus considérable, devra-t-il dans tous les cas payer les frais du nouveau mur (2)? La loi ne détermine pas quelles sont les constructions que l'un des voisins peut faire : où sera donc la limite de ce qui lui est permis et de ce qui ne lui est pas permis? En principe, il faudra dire qu'il est dans son droit. Toutefois il y a un tempérament d'équité : le mur mitoyen est destiné à soutenir des bâtiments ordinaires, des maisons bourgeoises; si l'un des voisins veut construire une fabrique qui nécessite de gros murs et y

(1) Orléans, 22 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 88).
(2) Comparez Pardessus, t. Ier, p. 389, no 167.

adosser les cheminées, le juge pourra mettre à sa charge une part plus grande dans les dépenses, et même toute la dépense, si le mur était assez solide pour supporter une construction ordinaire. Ce n'est qu'en hésitant que nous proposons cette opinion : les tribunaux n'ont plus le pouvoir qu'ils avaient dans l'ancien droit, ils ne peuvent plus décider en équité, le texte du code les lie; or, le texte, nous le répétons, ne restreint pas le droit de bâtir. Nous préférerions toujours nous en tenir à la lettre de la loi.

Il y a cependant des restrictions à l'obligation de reconstruire le mur mitoyen. Voici ce que Pothier enseigne à cet égard, et le législateur ayant suivi l'ancien droit en cette matière, il faut interpréter le code par la tradition coutumière. Le voisin, dit-il, n'est obligé à contribuer à la reconstruction du mur que selon son ancienne hauteur : c'était la disposition formelle de la coutume de Paris (art. 210); si l'un des copropriétaires veut élever le mur, il doit faire cette surélévation à ses frais. De même, ajoute Pothier, le voisin ne doit contribuer à la reconstruction du mur qu'eu égard à ce que doit coûter un mur de même qualité; celui qui veut reconstruire un mur en matériaux plus chers doit payer le surplus de la dépense. L'équité venait encore une fois modifier cette décision. Si, par une mauvaise économie, dit Pothier, l'ancien mur n'avait pas été assez solidement construit, je pourrais obliger le voisin à contribuer à la construction d'un mur plus solide, et tel qu'il serait jugé être de l'intérêt commun qu'il fût construit (1).

545. Quand il s'agit de reconstruire le mur mitoyen, il faut avant tout constater qu'il y a nécessité. L'un des voisins ne peut donc pas démolir le mur sans le consentement du copropriétaire. Il a été jugé que si le voisin fait abattre le mur sans avoir obtenu ce consentement, il ne sera pas admis à prouver par témoins le mauvais état du mur; qu'il doit s'imputer de n'avoir pas usé des moyens que lui donnait la loi; que l'ayant enfreinte, il doit supporter les con-

(1) Pothier, *De la société*, n° 222; Aubry et Rau, t. II, p. 424, note 26.

séquences de cette infraction volontaire (1). Cette décision est sévère, mais elle est juste. La preuve testimoniale n'est admise que si l'on a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Or, dans l'espèce, non-seulement cela est possible, mais c'est un devoir pour le voisin de demander le consentement de son voisin, et partant de se procurer une preuve littérale. Dès lors la preuve orale doit être rejetée.

b) *De la faculté d'abandonner la mitoyenneté.*

546. D'après l'article 656, « tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté. » C'est l'application d'un principe général; lorsqu'on n'est obligé qu'à cause d'une chose que l'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose. Or, le copropriétaire du mur mitoyen n'est tenu de réparer et de reconstruire qu'à raison de la copropriété; en abandonnant son droit à la chose commune, il cesse par là même d'être tenu des charges qui sont une conséquence du droit. Le code dit qu'il doit abandonner le *droit de mitoyenneté;* la coutume de Paris était plus explicite, elle portait que « le voisin doit quitter son droit de communauté au mur et à la terre sur laquelle il est assis » (art. 210). En effet, il doit abandonner la chose à raison de laquelle il est tenu, c'est-à-dire le mur mitoyen; or, le mur ne se conçoit pas sans le sol sur lequel il est bâti, et avec lequel il ne fait qu'un seul et même tout (2).

547. Le code suppose que c'est la mitoyenneté entiere qui est cédée. Cette supposition est-elle une condition de l'abandon, ou peut-on abandonner la copropriété pour partie? A première vue, on serait tenté de se prononcer contre l'abandon partiel. En effet, la loi dit que c'est le droit de mitoyenneté qui doit être abandonné, elle ne permet pas un abandon partiel, et cela se conçoit : le voisin se bor-

(1) Bourges, 14 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 492).
(2) Pothier, *De la société*, n° 221. Aubry et Rau, t. II, p. 424 et note 27.

nerait toujours à abandonner la mitoyenneté de la partie du mur qui doit être réparée ou reconstruite; ce calcul n'est-il pas contraire à l'équité? La cour de Besançon a jugé en ce sens, mais sa décision a été cassée, et elle devait l'être. Il résulte de l'article 661 que la mitoyenneté est un droit divisible, car on peut l'acquérir en partie. Cela décide notre question; si la mitoyenneté peut s'acquérir par partie, rien n'empêche de l'abandonner par partie. Quant à l'équité, elle est hors de cause; il va sans dire que l'abandon partiel ne peut nuire en rien au copropriétaire du mur mitoyen. Avec cette réserve que la cour de cassation fait en termes formels, l'abandon d'une partie du mur n'a plus rien de contraire à l'équité (1).

548. L'article 656 met une restriction à la faculté d'abandon qu'il établit : « Pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui appartient à celui qui veut faire l'abandon. » Cette restriction résulte du principe même sur lequel est fondée la faculté d'abandonner la mitoyenneté. On peut se décharger de l'obligation de contribuer aux réparations et reconstructions du mur, en abandonnant le droit au mur, mais on ne peut pas se dispenser de la charge tout en conservant le droit; or, c'est conserver le droit de mitoyenneté que d'appuyer un bâtiment sur le mur; dès lors l'abandon est impossible. Il en serait de même si celui qui veut faire l'abandon du mur mitoyen en retirait une utilité quelconque; il ne peut s'en servir que si le mur est mitoyen, il y a donc contradiction à se servir du mur et à en abandonner la mitoyenneté. L'article 656 ne parle, il est vrai, que du cas où le mur soutient un bâtiment, mais il n'a rien de restrictif; c'est l'application d'un principe, et le principe s'applique naturellement à tous les cas analogues (2).

L'application de l'article 656 soulève une difficulté qui a divisé les tribunaux et les cours appelés à la décider. Dans l'espèce, le copropriétaire d'un mur mitoyen avait fait l'abandon de la mitoyenneté, alors que le mur soute-

(1) Arrêt de cassation du 3 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 176).
(2) Paris, 4 février 1870 (Dalloz, 1870, 2, 217).

nait encore un bâtiment qui lui appartenait, mais en prenant l'engagement de le démolir. Il arriva que la démolition du bâtiment adossé au mur en entraîna la ruine; le copropriétaire par le fait duquel ce dommage se produisit soutint qu'il n'en était pas responsable, puisqu'il avait cessé d'être copropriétaire en abandonnant son droit de mitoyenneté. Cette prétention, rejetée par le tribunal de première instance, fut admise par la cour de Montpellier; mais l'arrêt fut cassé. Il est, en effet, en opposition formelle avec le texte du code. L'article 656 ne permet pas d'abandonner la mitoyenneté à celui dont le bâtiment est soutenu par le mur; et la cour de Montpellier avait sanctionné l'abandon, bien qu'il y eût un bâtiment soutenu par le mur dont on abandonnait la mitoyenneté. Vainement le copropriétaire disait-il qu'il s'était engagé à démolir le bâtiment; la loi ne se contente pas de cet engagement, elle veut qu'il n'y ait pas de bâtiment; donc tant qu'il y en a un, l'abandon est impossible. Cette exigence de la loi est fondée en raison et en justice. Supposons que le communiste commence par démolir le bâtiment, comme le code le veut; la démolition cause la ruine du mur; certes, le copropriétaire devra reconstruire le mur à ses frais. Dès lors, on ne peut pas lui permettre de faire un abandon conditionnel en s'affranchissant de l'obligation qui pèse sur lui de ne rien faire qui lèse le droit de son copropriétaire. Donc l'abandon conditionnel implique l'obligation de réparer le dommage que la démolition pourra occasionner (1).

549. En disant que, par l'abandon de la mitoyenneté, le copropriétaire du mur peut s'affranchir de la charge de contribuer aux réparations et reconstructions, la loi suppose qu'il n'y a aucune faute de sa part. Si les réparations ou reconstructions ont été occasionnées par sa faute, il doit en supporter les conséquences; ce sera donc à lui à payer les frais malgré l'abandon qu'il ferait de son droit de mitoyenneté. Il peut s'affranchir d'une charge réelle dont il n'est tenu que comme détenteur de la chose commune; mais il ne peut pas se dégager des liens d'une obligation

(1) Arrêt de cassation du 16 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 109).

personnelle; or, le fait dommageable constitue un quasi-délit, et le quasi-délit engendre une obligation personnelle que le débiteur ne peut jamais se dispenser de remplir.

550. L'abandon de la mitoyenneté a pour effet de conférer au copropriétaire la propriété exclusive du mur. Mais comment la copropriété peut-elle se transformer en propriété exclusive? Il faut pour cela le consentement du copropriétaire, car personne ne peut devenir propriétaire malgré soi. De là suit qu'il intervient un contrat entre les deux voisins. L'un demande que l'autre contribue aux réparations et reconstructions; celui-ci répond en abandonnant son droit de mitoyenneté. Si le premier accepte cet abandon, il y a concours de consentement, partant contrat; l'acceptation peut du reste être expresse ou tacite. Le contrat qui se forme par l'abandon est-il fait sous la condition expresse ou tacite que le voisin à qui l'abandon est fait réparera ou reconstruira le mur? Déjà, dans l'ancien droit, Pothier enseignait que si le propriétaire du mur le laissait tomber en ruine, le voisin pourrait révoquer l'abandon qu'il en a fait et réclamer par suite le partage des matériaux et du sol. Et les auteurs modernes suivent tous cette opinion, en invoquant le principe de la condition résolutoire tacite (1). Cela est incontestable si l'on admet l'existence d'un contrat, fait sous la condition que le voisin réparera ou reconstruira le mur. Telle est en effet l'intention des parties. Si l'abandon du mur ne devait pas avoir cet effet, il n'aurait pas de cause; aucun des voisins ne voulant réparer, le mur tombera en ruine; ils se partageront, en ce cas, les matériaux et le sol. Quand donc l'abandon se fait, c'est dans l'intention que le mur sera réparé ou reconstruit. Tout cela est tacite, mais peu importe, le consentement ne doit pas être exprès.

(1) Pothier, *De la société*, n° 221. Aubry et Rau, t. II, p. 424 et note 31, et les auteurs qui y sont cités.

IV. *Droits résultant de la mitoyenneté.*

a) *Principe.*

551. C'est un principe général, dit Pothier, que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commun le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée, avec ce tempérament néanmoins qu'il en doit user en bon père de famille, et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir. Il faut ajouter qu'à certains égards la mitoyenneté donne des droits plus étendus que la communauté ordinaire. Les associés ainsi que les communistes ne peuvent pas faire d'innovation dans la chose commune sans le consentement de tous leurs associés ; tandis que les copropriétaires d'un mur mitoyen peuvent faire des innovations (1). Ainsi ils peuvent exhausser le mur mitoyen, ce qui constitue une innovation ; ils peuvent y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur (art. 657 et 658). Le droit de mitoyenneté se rapproche donc du droit de propriété exclusive : dans les cas que nous venons de citer, le copropriétaire agit seul, sans le concours de son voisin, comme s'il était seul et unique propriétaire.

Cela est cependant controversé et il y a doute. Les articles 657 et 658 n'exigent pas le concours de volonté des deux copropriétaires pour les constructions que l'un d'eux veut appuyer contre le mur mitoyen, ni pour l'exhaussement du mur. On en conclut que le droit de construire et d'exhausser est absolu. Mais voici la raison de douter. L'article 662 dit que « l'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage *sans le consentement de l'autre*, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit

(1) Pothier, *De la société*, n° 207. Demolombe, t. XI, p. 456, n° 396.

pas nuisible aux droits de l'autre. » Cette disposition est tout aussi générale, tout aussi absolue que les articles 657 et 658. En faut-il conclure qu'elle doit s'appliquer à la construction et à l'exhaussement? C'est l'avis de la plupart des auteurs (1). Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation en matière d'exhaussement (2). Nous croyons qu'elle a bien jugé. Quant au droit de bâtir, l'article 657 le consacre en termes absolus, comme un droit dérivant de la mitoyenneté, sans le subordonner à la condition d'un consentement préalable ou d'une expertise. Les auteurs du code paraissent avoir suivi sur ce point l'autorité de Pothier, lequel enseigne que bâtir contre le mur mitoyen est un usage naturel du mur mitoyen; c'est pour cela, dit-il, qu'on le construit. Il est vrai que les anciennes coutumes ajoutaient diverses restrictions à l'exercice de ce droit; mais le code n'en admet qu'une seule, celle qui est formulée dans l'article 657. Vainement dit-on que l'article 662 contient une restriction générale; si elle était générale, la loi n'entrerait pas dans le détail des ouvrages pour lesquels elle exige le concours de volonté des deux voisins, ou du moins une expertise. Il faut donc décider que l'article 662 s'applique aux ouvrages autres que les constructions et l'exhaussement du mur mitoyen. Ce qui rend la question douteuse, c'est qu'il résulte une anomalie, une espèce d'inconséquence de cette interprétation. Les ouvrages les plus importants qu'un communiste puisse faire sont certainement de bâtir contre le mur et de l'exhausser. Il le peut sans le consentement de son copropriétaire. Tandis qu'il lui faut ce consentement ou du moins une expertise pour les travaux de moindre importance que l'article 662 énumère. On répond que les constructions fortifient le mur, tandis que les travaux prévus par l'article 662 pourraient l'affaiblir. La réponse n'est pas décisive. Car les constructions peuvent être excessives; elles peuvent dépasser la limite des constructions ordinaires : ne serait-il pas juste et prudent tout en-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 424 et note 32, et les auteurs qui y sont cités.

(2) Arrêt de rejet du 18 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 336). Voyez, en ce sens, Duranton, t. V, p. 380, nº 335. Mourlon (d'après Valette), t. Ier, p. 779.

semble, pour prévenir les contestations et les procès, d'exiger le consentement ou une expertise?

b) *Des constructions.*

552. L'article 657 porte : « Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée. » Le copropriétaire, ayant le droit de bâtir contre le mur, doit avoir le droit de le percer pour y asseoir les poutres et solives qui soutiennent son bâtiment. Dans l'ancien droit, les coutumes variaient sur le point de savoir si le copropriétaire peut placer les poutres dans toute l'épaisseur du mur. La coutume de Paris ne lui permettait de loger ses poutres que jusqu'à la moitié de l'épaisseur du mur; mais cette restriction était tombée en désuétude; on permet aujourd'hui, dit Pothier, d'asseoir les poutres sur toute l'épaisseur du mur mitoyen, à deux pouces près, afin que la poutre soit toujours recouverte par la maçonnerie. Goupy, l'annotateur de Desgodets, nous apprend la raison de ce changement d'usage; on ne bâtit plus aussi solidement qu'autrefois, dit-il, les murs n'ayant guère plus de dix-huit pouces d'épaisseur; si les poutres n'étaient placées que jusqu'au point du milieu, elles n'auraient pas assez de portée. Il en résulte un inconvénient, ajoute Goupy : lorsque le voisin fait quelque changement dans sa cheminée, on est obligé de couper à coups d'ébauchoir (1) les bouts de ces poutres pour mettre dessus une charge suffisante qui les garantisse du feu. Les auteurs du code civil ont sanctionné cette pratique (2).

(1) L'ébauchoir est un fort ciseau à l'usage des charpentiers. Il sert à raccourcir les pièces de bois sans les déplacer.

(2) Pothier, *De la société*, n° 207. Goupy, Notes sur Desgodets, article 208 *de la Coutume de Paris*, n° 1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 194, n° 289, et p. 195, note 2.

553. Celui qui bâtit contre le mur mitoyen n'a pas besoin du consentement de son voisin. Mais s'il s'agit de pratiquer des enfoncements dans le corps d'un mur mitoyen pour toute autre cause, l'article 662 doit recevoir son application. Il faudra que le copropriétaire obtienne le consentement de son voisin, et, à son refus, que l'on fasse régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. Pardessus va plus loin; il dit que l'un des communistes ne peut pas faire une armoire, une niche, un tuyau, un foyer de cheminée dans le mur mitoyen. Qu'arriverait-il, en effet, si le voisin usait du même droit? Il ne resterait entre eux aucune séparation, ou du moins il n'en resterait qu'une insuffisante. Cette opinion est inadmissible, elle dit tout le contraire de ce qui est écrit dans la loi. L'article 657 donne au copropriétaire le droit de pratiquer des enfoncements dans le corps du mur mitoyen, sans distinguer quels sont les ouvrages qu'il se propose d'exécuter. En cas de dissentiment entre les voisins, les experts prescriront les mesures propres à sauvegarder les droits du copropriétaire (1). Si l'épaisseur du mur ne permet pas d'y pratiquer des ouvrages, les experts constateront le fait, et le tribunal défendra au copropriétaire d'exécuter les travaux. Il a été jugé, par application de ces principes, que la loi ne restreignant pas la faculté de pratiquer un enfoncement pour un genre de construction spécial, cette faculté doit être étendue à l'établissement d'une cheminée; l'arrêt y met cependant une réserve qui découle du texte et de l'esprit de la loi, c'est que les deux copropriétaires puissent jouir d'un droit égal sans compromettre la solidité du mur et faire craindre des dangers d'incendie. La cour ajoute que tel est l'usage constamment suivi dans la pratique. On objectait l'article 657, aux termes duquel l'un des copropriétaires peut faire réduire la poutre du voisin à la moitié, lorsqu'il veut y adosser une cheminée; l'arrêt répond que cette restriction a lieu pour un cas spécial, celui de l'exis-

(1) Pardessus, t. Ier, p. 395, nº 172. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 474, nº 411; Aubry et Rau, t. II, p. 425 et notes 33 et 34.

tence d'une poutre; elle n'est donc pas applicable quand il n'y a pas de poutre (1).

554. L'article 662 limite les droits des communistes, tels qu'ils sont établis par les articles précédents. Il est donc de stricte interprétation; quand il ne s'agit pas de pratiquer un enfoncement dans le corps du mur mitoyen, ni d'y appliquer ou appuyer un ouvrage, l'article 662 n'est plus applicable; il n'y a pas lieu de demander le consentement du voisin, ni de recourir à une expertise. Si le voisin conteste le droit de son copropriétaire, s'il provoque une expertise, il fait des frais frustratoires, et par suite c'est lui qui doit les supporter (2). Il a été jugé, conformément à ce principe d'interprétation, qu'il ne faut pas appliquer les dispositions de l'article 662 quand il s'agit d'objets mobiliers, tels que des planches ou des bancs de fer que le voisin dresse ou appuie contre un mur pour le service d'un magasin ou d'un chantier. La loi ne parle que des *ouvrages*, ce qui suppose des travaux faits dans le mur (3).

c) *De l'exhaussement du mur mitoyen.*

1. DU DROIT D'EXHAUSSER.

555. Aux termes de l'article 658, « tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen. » La loi ne subordonne ce droit à aucune condition; il est donc absolu. Pothier en a déjà fait la remarque dans l'ancien droit. La coutume de Paris était plus explicite que le code civil; elle permettait à un voisin de hausser le mur mitoyen, *si haut que bon lui semblait*, sans le consentement de son voisin (art. 195). L'article 658, de même que la coutume, ne restreint pas la faculté d'exhausser au cas où le voisin veut bâtir. Il peut, sans bâtir, élever le mur commun; Pothier ajoute : alors même que le voisin souffrirait de cette élévation par l'obscurité qu'elle causerait à sa maison. Je

(1) Dijon, 18 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 103).
(2) Arrêt de rejet du 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 407).
(3) Metz, 25 août 1863 (Dalloz, 1864, 2, 111).

puis avoir un autre juste motif d'exhausser le mur, dit Pothier : tel que d'empêcher les vues que mon voisin aurait sur mon bâtiment. Pothier admet cependant une restriction fondée sur l'équité. Si l'élévation du mur et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine étaient si grandes qu'elles rendissent la maison inhabitable, *surtout* s'il y avait lieu de croire que le voisin exhausse le mur dans le dessein de nuire, il pourrait y avoir lieu à réduire l'élévation. La jurisprudence était en ce sens. Pothier ne veut cependant pas que l'on pousse l'équité trop loin. Un arrêt avait jugé en faveur des filles de l'*Ave Maria* contre leur voisin, qui, par la grande élévation du bâtiment qu'il construisait sur le mur mitoyen, ôtait l'air à ces religieuses : cet arrêt, dit Pothier, étant fondé sur une raison de faveur que méritaient des filles renfermées, qui ne peuvent jouir de l'air que dans leur monastère, ne doit pas être tiré à conséquence (1).

Le code civil reproduit la disposition absolue de la coutume de Paris, sans la tempérer par les restrictions que l'équité avait introduites dans l'ancienne jurisprudence. Faut-il conclure de là que le voisin peut exhausser, alors même qu'il le ferait sans utilité pour lui, et en nuisant à son copropriétaire? Les auteurs modernes se prononcent pour l'interprétation rigoureuse de la loi; ils n'admettent qu'une seule réserve, si l'exhaussement se faisait dans le but de nuire; ils appliquent à ce cas la maxime des jurisconsultes romains, qui fait un devoir au juge de ne pas favoriser la méchanceté des hommes. La cour de cassation est allée plus loin. Il était constaté par le jugement de première instance, confirmé en appel, que le copropriétaire d'un mur mitoyen l'avait exhaussé sans utilité actuelle pour lui-même et dans l'*unique* but de causer un préjudice à son voisin. Cet arrêt fut cassé. La cour part du principe généralement admis que la faculté d'exhausser est un droit absolu, qui n'est soumis à aucune restriction. Elle en conclut que chaque voisin peut en user, pourvu qu'il ne porte aucune atteinte aux droits que son copropriétaire tient de

(1) Pothier, *De la société*, n° 212.

la mitoyenneté. Celui-ci ne peut pas se plaindre du préjudice que l'exhaussement peut lui occasionner dans ses autres biens. En vain prétendrait-il que l'exhaussement, sans utilité actuelle pour le constructeur, n'a d'autre but que de lui causer un préjudice; la cour répond que celui qui use d'un droit que la loi lui accorde est seul juge de son intérêt (1).

Le sens moral se révolte contre une pareille décision : si la loi la commandait, il faudrait y obéir, tout en déplorant que le législateur n'ait pas mis ses prescriptions en harmonie avec l'équité. Mais est-il bien vrai que tel soit le système du code civil? Il a reproduit la jurisprudence ancienne qui tenait compte de l'équité dans une certaine mesure; n'est-ce pas déjà une raison pour interpréter l'article 658 dans le sens que l'on donnait à la coutume de Paris? Il y a plus, les auteurs du code se sont écartés de la rédaction de la coutume. Celle-ci disait : « Il est loisible à un voisin de hausser le mur mitoyen, *si haut que bon lui semble.* » L'article 658 ne reproduit pas ces termes de la coutume, comme s'il avait voulu laisser la porte ouverte à une interprétation plus équitable. N'est-il pas de principe d'ailleurs que le dol fait toujours exception? C'est le cri de la conscience; il n'est formulé nulle part dans nos textes; cependant la doctrine le proclame et la jurisprudence le consacre. Qu'on ne vienne donc pas nous dire que chacun est juge de son intérêt! L'intérêt ne donne pas le droit de faire le mal pour le plaisir de faire le mal. Cela n'est pas user de son droit, c'est en abuser, et contre cet abus nous invoquerons la maxime romaine : *Malitiis hominum non est indulgendum.*

Nous croyons que l'ancienne jurisprudence est plus conforme aux vrais principes que la doctrine rigoureuse de la cour de cassation. La cour applique à la copropriété les principes qui régissent la propriété exclusive. Ici il y a erreur, à notre avis. Que le propriétaire exclusif puiss euser de son droit, même en nuisant à son voisin, pourvu qu'il ne

(1) Arrêt de cassation du 11 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 219). Comparez la doctrine des auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 425, notes 35 et 36.

lèse pas un droit qui lui appartient, cela est incontestable. Mais en est-il de même de la copropriété? Nous ne le croyons pas. La copropriété impose aux communistes des restrictions et des ménagements que la propriété exclusive ignore. Le communiste dépasse son droit dès qu'il cause un préjudice à son copropriétaire, sans qu'il en résulte un avantage pour lui-même, car la communauté n'est pas établie pour que l'un des communistes nuise à l'autre, elle est établie pour leur profit commun. Quand leurs droits et leurs intérêts sont en conflit, le juge doit intervenir pour les concilier; il ne faut pas que les intérêts de l'un soient sacrifiés à un droit absolu de l'autre. Il n'y a pas de droit absolu en matière de copropriété. Le code consacre ces principes, en donnant aux juges un pouvoir de conciliation lorsque des contestations s'élèvent entre les riverains d'un cours d'eau non navigable, lesquels ont aussi une propriété commune ou du moins un droit d'usage commun (1). Nous croyons que le même principe doit s'appliquer à toute communauté, et surtout à l'indivision forcée; si celle-ci donne à un voisin le droit de nuire gratuitement à son copropriétaire, celui-ci sera pour toujours à la merci d'un méchant homme, ou obligé d'abandonner sa copropriété; et l'abandon même sera impossible si, comme cela arrive presque toujours, le mur soutient des bâtiments contigus. Ce sera un état de guerre permanent, et dans cette guerre la victoire reste toujours au plus méchant.

556. La cour de cassation reconnaît, dans l'arrêt que nous venons de critiquer, que le droit d'exhausser est limité par l'existence d'une servitude qui serait acquise au voisin, et dont l'exercice serait incompatible avec l'exhaussement. Cela ne fait aucun doute. Celui dont le fonds est grevé de servitude ne peut rien faire qui nuise au propriétaire du fonds dominant; bien moins peut-il l'entraver ou la détruire. Que ce soit une servitude de vue ou de prospect ou une servitude innomée (2), peu importe. La seule diffi

(1) Voyez, plus haut, p. 399, n°s 335 et suiv. Dalloz est le seul auteur qui se soit prononcé en faveur de l'équité (au mot *Servitude*, n°s 529 et suiv.). Il y a quelques arrêts en ce sens (Bruxelles, 23 août 1810; Paris, 4 mai 1813; Metz, 12 juin 1807, dans Dalloz, au mot *Servitude*, n°s 530 et 531).

(2) Arrêt de rejet du 23 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 264).

culté qui se présente, et elle est grande, c'est de savoir si les servitudes de vue et de jour peuvent s'acquérir par une prescription trentenaire. Nous l'examinerons plus loin.

2. OBLIGATIONS DE CELUI QUI EXHAUSSE.

557. L'article 658 porte que celui qui exhausse le mur mitoyen « doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur. » On conçoit que le voisin doive toujours une indemnité à cause de la charge qui résultera de l'exhaussement, parce que ce fardeau, quelle que soit la solidité du mur, en accélérera la destruction, et nécessitera des réparations plus fréquentes. L'exhaussement portant atteinte aux droits du voisin, indemnité lui est due pour le préjudice qu'il souffre; à moins que celui qui bâtit n'empêche le préjudice par des travaux confortatifs qui donnent une plus grande solidité au mur (1). Quel sera le montant de cette indemnité? L'article 658 dit qu'elle est calculée suivant la valeur de l'exhaussement. Pour comprendre la portée de cette disposition, il faut la mettre en rapport avec l'article de la coutume de Paris auquel elle est empruntée. Suivant la coutume (art. 197), l'indemnité était de *six toises l'une*, c'est-à-dire fixe, de sorte que le voisin devait toujours payer à son copropriétaire le sixième de ce que lui coûtait l'exhaussement. Faut-il interpréter dans ce sens le mot *valeur* de l'article 658? Duranton le croit, mais il ne tient aucun compte des critiques que l'on adressait déjà, dans l'ancien droit, à la coutume de Paris. Desgodets disait qu'un mur construit avec des matières légères ne coûtait pas autant qu'un mur formé de matériaux plus pesants. Il en concluait qu'il fallait régler le montant de l'indemnité d'après la pesanteur de la charge. De son côté, Goupy objectait que le sixième de l'exhaussement pourrait équivaloir à toute la valeur du mur inférieur et même la dépasser. Le projet

(1) Pardessus, t. Ier, p. 401, n° 174. Aubry et Rau, t. II, p. 436 et note 39.

de code s'en rapportait à l'usage; c'était maintenir la coutume de Paris; la section de législation remplaça le mot *usage* par le mot *valeur;* et comme l'article 658 ne reproduit pas la disposition qui fixait l'indemnité au sixième de cette valeur, il faut décider que les tribunaux auront le droit d'apprécier la valeur, en tenant compte de la charge; l'indemnité proportionnelle est un principe bien plus juste que l'indemnité invariable (1).

558. Aux termes de l'article 659, « si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté. » Il n'est plus question, dans ce cas, d'une indemnité à raison de la charge, puisque le mur est reconstruit et fortifié aux dépens du voisin qui veut l'exhausser. La reconstruction se faisant dans l'intérêt exclusif de celui qui exhausse le mur, il est juste que lui seul supporte les frais. Si le mur avait besoin de réparation ou de reconstruction, quand même il ne s'agirait pas de l'exhausser, le voisin devrait contribuer aux dépenses que nécessitera la construction d'un mur nouveau, mais seulement dans les limites de l'intérêt qui est commun aux deux copropriétaires; le surplus de la dépense qu'occasionne l'exhaussement doit être supporté par celui dans l'intérêt duquel il se fait, et s'il faut un terrain plus étendu, c'est lui qui doit le fournir (2).

Il y a une décision de la cour de Paris en sens contraire. L'arrêt constate que le mur, quoique défectueux, était suffisant pour supporter les anciennes constructions, et que la reconstruction avait été faite dans le seul intérêt du propriétaire qui avait exhaussé le mur. Néanmoins la cour mit les frais de démolition et de reconstruction pour un tiers à charge du copropriétaire, parce que les nouveaux murs étaient bien supérieurs aux anciens (3). D'après le

(1) Desgodets et Goupy, *sur la Coutume de Paris*, art. 197, n° 3. Duranton, t. V, p. 368, n° 330. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 196, n° 290.

(2) Pothier, *De la société*, n° 215. Pardessus, t. Ier, p. 401 et suiv., n° 174. Orléans, 22 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 88).

(3) Paris, 5 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 66. Comparez la note de l'arrêtiste).

texte comme dans l'esprit de la loi, les frais auraient dû être supportés pour le tout par celui des communistes qui exhaussait le mur dans son seul intérêt : c'est le cas prévu par l'article 659. Il est vrai que le nouveau mur était plus solide que l'ancien, partant plus avantageux pour le voisin; mais pour le moment celui-ci n'en tirait aucun profit; à quel titre devait-il contribuer aux dépenses? C'est seulement à partir du moment où la reconstruction de l'ancien mur deviendra nécessaire que le nouveau lui profitera; ce n'est donc qu'à partir de ce moment qu'il devra contribuer aux frais, bien entendu dans les limites de son intérêt.

559. Le droit d'exhausser n'est pas subordonné à la condition d'obtenir le consentement du copropriétaire, et, en cas de refus, de recourir à une expertise. Si l'exhaussement nécessite la reconstruction, la prudence, à défaut de texte, commande de s'entendre avec le voisin; car il faut constater si l'état du mur exige la reconstruction; si, à raison de l'exhaussement, le nouveau mur doit être plus épais; enfin si, à cause du mauvais état de l'ancien mur, le voisin doit contribuer, dans la limite de son intérêt, aux dépenses que nécessitera la construction à neuf. Il y a donc un conflit d'intérêts pour le règlement desquels il importe que les deux parties intéressées concourent. Si l'un des voisins exhaussait le mur, alors qu'il aurait dû le reconstruire, il est en faute, et par suite il répondra de tout le dommage qui en pourra résulter. Il sera également en faute si les experts ont indiqué les travaux confortatifs qui étaient nécessaires et s'il ne les a pas exécutés. Dans cette dernière hypothèse, il peut être condamné à détruire l'exhaussement, parce que mieux vaut prévenir le dommage et les malheurs qui pourraient résulter d'un accident, que d'attendre la ruine des constructions (1).

560. Cette responsabilité dérive du quasi-délit ou du fait dommageable, ce qui suppose une faute de la part de celui qui exhausse ou reconstruit le mur. Il a été jugé par

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 426 et note 40. Bruxelles, 22 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 390).

la cour de cassation que si les deux voisins ont chacun des torts à se reprocher, il n'y a pas lieu à responsabilité (1). Dans l'espèce, il était constaté en fait que les travaux nécessaires pour prévenir tout dommage, à la suite de l'exhaussement du mur mitoyen, auraient dû être faits de commun accord et à frais communs par les copropriétaires du mur, parce qu'ils étaient commandés par leur commun intérêt; l'arrêt ajoute que les deux parties n'ayant rien fait dans ce but, les dégâts survenus ne pouvaient être imputés qu'à leur propre négligence. Il faut néanmoins que le voisin qui exhausse ou reconstruit mette l'autre en demeure. Or, l'arrêt pose en principe que l'exhaussement peut se faire sans le consentement du copropriétaire, et il ne dit pas que le voisin, qui n'avait pas été appelé à consentir, eût été sommé de concourir aux travaux que nécessitait l'intérêt commun des copropriétaires. Il nous semble que, dans cette hypothèse, une mise en demeure quelconque aurait dû avoir lieu, afin d'établir la nécessité des travaux et l'intérêt commun des copropriétaires à les faire.

La cour de Bordeaux a consacré le principe que nous reprochons à la cour de cassation de n'avoir pas formulé ; c'est à celui qui exhausse ou reconstruit à prendre l'initiative de tout ce qui doit être fait dans l'intérêt commun des copropriétaires. Vainement dirait-il que ses voisins ne lui ont pas signalé les dangers que présentait le surhaussement du mur, et qu'ils n'en ont pas exigé la reconstruction ou la reprise en sous-œuvre: c'était à lui, dit la cour, de s'assurer si le mur était en état de supporter la surcharge qui devait résulter des travaux qu'il entreprenait. Quant aux voisins, du moment qu'ils ne sont pas appelés à concourir aux travaux, ils n'ont aucune raison d'agir (2).

561. Celui qui exhausse ou reconstruit le mur mitoyen doit-il indemniser le voisin du préjudice que lui causent les travaux? C'est une question très-douteuse, sur laquelle il nous est impossible de partager l'opinion générale. On

(1) Arrêt de rejet du 18 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 336).
(2) Bordeaux, 21 avril 1864 (Dalloz, 1865, 2, 39).

est d'accord sur deux points. Lorsque les deux voisins concourent à l'exhaussement ou à la reconstruction, aucun n'a un recours contre l'autre, chacun ayant un intérêt égal aux travaux, chacun doit aussi supporter les conséquences, les inconvénients et les pertes qu'ils occasionnent, et comme ils concourent aux travaux, chacun peut prendre les mesures nécessaires pour empêcher le dommage ou pour le diminuer. Que si la reconstruction est nécessitée par la faute de l'un des copropriétaires, il doit naturellement réparer le dommage qu'il cause par son quasi-délit : c'est le droit commun (1). Mais que faut-il décider si l'un des copropriétaires reconstruit le mur dans son seul intérêt? Le code ne met à charge de celui qui exhausse que les dépenses de l'exhaussement et l'indemnité de la charge qui en résulte ; et quand il reconstruit, il doit le faire à ses frais (art. 658 et 659). C'est surtout dans ce dernier cas que se présente la question du préjudice. Il est certain que le préjudice ne peut pas être compris dans le mot *frais*. La loi ne prévoit donc pas le cas du dommage que peuvent causer les travaux. C'est dire que la question doit se décider d'après les principes généraux. Mais quels sont ces principes?

La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Pothier enseigne que le voisin qui reconstruit ne doit supporter que les frais; dans ces frais il comprend la dépense qu'il faut faire pour étayer les bâtiments du voisin. Il n'accorde aucune indemnité pour le préjudice que le voisin peut souffrir dans son industrie ou son commerce. Pothier se fonde sur ce vieil adage, que ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son droit; or, celui qui reconstruit avait le droit de reconstruire; donc il ne doit pas réparer le dommage qu'il cause. Tel était aussi l'avis de Desgodets. Goupy, son annotateur, le reprend et se décide en faveur du voisin. C'est, par exemple, un maître paumier, qui avait un jeu de paume contre le mur commun; il est privé des profits de son jeu pendant le temps nécessaire pour la démolition et la reconstruction du mur; lui

(1) Demolombe, t. XI, p. 447, nº 387, et p. 451, nº 393.

est-il dû indemnité? Oui, d'après Goupy; non, d'après Desgodets et Pothier (1).

Les auteurs modernes suivent généralement la doctrine de Pothier, sauf quelques dissentiments. Ils la restreignent cependant en faveur du voisin qui souffre préjudice dans la chose mitoyenne même; ainsi ils lui accordent une indemnité pour les arbres, treillages, berceaux, que le voisin avait adossés au mur, et qui sont détruits par suite de la reconstruction; il y en a qui veulent que l'on indemnise aussi le voisin des peintures qu'il avait appliquées au mur mitoyen, et que la reconstruction du mur obligera également de détruire. Mais ils sont à peu près unanimes à refuser toute indemnité pour le dommage que le voisin éprouve dans ses autres biens. Le principe serait donc celui-ci : le copropriétaire ne doit pas réparer le dommage qu'il cause en usant de son droit d'exhausser et de reconstruire, à moins qu'il ne lèse le droit de mitoyenneté du voisin (2). C'est appliquer à la communauté le principe qui régit la propriété exclusive. Nous avons déjà combattu cette assimilation de deux droits très-distincts. A notre avis, le copropriétaire ne peut pas faire ce que peut faire le propriétaire exclusif; il excède les limites de son droit dès que, sans nécessité, il cause un préjudice à son voisin (n° 555). Nous allons parcourir les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux; on verra à quelles conséquences conduit l'opinion générale.

562. Le préjudice le plus usuel qu'éprouve le voisin est la privation de jouissance pendant le temps nécessaire pour les réparations et reconstructions. Il n'en est pas dû réparation. Si le voisin a loué tout ou partie de sa maison, il doit indemniser le locataire quand la privation de jouissance dure plus de quarante jours (art. 1724); mais lui n'a droit à aucune indemnité. La raison en est que le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur; s'il ne remplit pas

(1) Pothier, *De la société*, n° 215. Goupy sur Desgodets, art. 196 *de la Coutume de Paris*, n° 5.

(2) Demolombe, t. XI, p. 465, n°s 405 et 406; Aubry et Rau, t. II, p. 427, et notes 41-43. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 777. Paris, 19 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 168).

cette obligation, il doit l'indemniser. Tandis que le voisin qui exhausse ou reconstruit n'est tenu d'aucune obligation, il use de son droit, et celui qui use de son droit ne fait de tort à personne. Il ne serait responsable que s'il y avait faute de sa part, c'est-à-dire si les travaux avaient duré trop longtemps par sa négligence (1). Il y a des auteurs qui ont reculé devant cette conséquence (2); on doit l'admettre, dès que l'on admet le principe d'où elle découle. C'est le principe que nous attaquons. Dans la doctrine traditionnelle on dit que le droit d'exhausser et par conséquent de reconstruire est absolu, c'est-à-dire que le voisin peut le faire, bien qu'il n'y ait aucun intérêt. Ainsi, sans utilité pour lui, il cause un dommage à son copropriétaire! Nous demandons si ce sont là les relations qui naissent de la communauté. Le mur est destiné à soutenir mon bâtiment; on le démolit, sans raison aucune, on me prive de l'usage pour lequel j'avais acquis la mitoyenneté; je suis obligé de payer une indemnité à mes locataires, et je n'ai aucun recours contre mon copropriétaire qui me cause un dommage pour le plaisir de me causer un dommage, car la cour de cassation va jusque-là! Est-il vrai que le droit doit l'emporter ici sur l'équité? Nous contestons le droit. Mon droit à moi est de me servir du mur mitoyen; on me prive de ce droit en le démolissant. Là où il y a communauté, cela ne peut se faire que dans un intérêt commun; si cela se fait dans l'intérêt exclusif de mon voisin, et s'il me cause un dommage, il doit m'indemniser parce qu'il lèse mon droit de copropriété. Le code ne le dit pas : peu importe! Il ne dit pas non plus que le propriétaire ne peut user de son droit en lésant le droit d'autrui. C'est le droit commun, et le droit commun doit toujours recevoir son application. Eh bien, la restriction que reçoit la propriété est encore plus étroite quand il s'agit de la copropriété; le copropriétaire ne peut pas user de son droit de manière à nuire à son copropriétaire; dès qu'il le fait, il dépasse son droit, et il est tenu à indemnité.

(1) Paris, 19 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 168) et 5 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 67).
(2) Toullier, t. II, p. 88, nº 211. Pardessus, t. Ier, p. 400, nº 174.

Il y a toutefois un tempérament d'équité; car l'équité doit concilier les intérêts opposés des copropriétaires. Ils doivent souffrir de légères incommodités, des embarras passagers; cela est inséparable de la communauté. Comme le dit la cour de Paris, les incommodités qui résultent des constructions entre voisins dérivent de la nécessité, à moins que celui qui construit ne prolonge les travaux au delà du temps nécessaire. Mais si, par l'exhaussement du mur mitoyen, le voisin fait refouler la fumée dans la maison de son copropriétaire, ne lui doit-il pas indemnité? La cour de Paris a décidé qu'il était de toute justice que celui qui exhausse dans son intérêt le mur mitoyen, élève la cheminée de son voisin à ses frais (1). C'est l'application de notre doctrine, mais elle n'a pas prévalu dans la jurisprudence. Il a été jugé que celui qui exhausse le mur mitoyen pour bâtir n'est pas tenu de faire exhausser les cheminées du voisin qui y sont adossées et qui, par suite de la construction, se trouvent en contre-bas. Le seul motif que donne l'arrêt, c'est que celui qui a exhaussé le mur a usé de son droit, qu'il l'a fait dans son intérêt et sans intention de nuire à son voisin (2). La cour de Bordeaux est allée plus loin : elle a obligé le voisin à élever sa cheminée dans l'intérêt de celui qui avait exhaussé le mur pour y bâtir (3). Ainsi on restreint le droit de propriété du voisin qui, en général, souffre déjà de l'exhaussement, dans l'intérêt de celui qui a exhaussé, bien qu'il ait exhaussé uniquement à son avantage. S'il s'agissait du droit absolu de propriété, nous comprendrions à peine la décision. Entre communistes, nous ne comprenons pas que les intérêts et les droits du voisin soient sacrifiés à celui qui, soit pour son profit, soit pour son bon plaisir, veut exhausser.

(1) Paris, 4 mai 1813 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 531, 1°).
(2) Bordeaux, 18 mai 1849 (Dalloz, 1850, 2, 86).
(3) Bordeaux, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 44). Dans l'espèce, la maison la plus basse était occupée par un boulanger. Il a été décidé que le boulanger devait, en cas d'exhaussement du mur mitoyen par son voisin, donner au tuyau de sa cheminée la surélévation prescrite par les règlements, bien que, avant l'exhaussement, le tuyau fût conforme aux dispositions du règlement.

2. CONSÉQUENCES DE L'EXHAUSSEMENT.

563. Celui qui a exhaussé le mur mitoyen devient propriétaire exclusif de la partie exhaussée; cela résulte de l'article 660, aux termes duquel le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en *acquérir la mitoyenneté*. Donc avant qu'il l'acquière, la partie exhaussée n'était pas mitoyenne, elle était propriété exclusive de celui qui l'a faite à ses frais. Il est vrai que la partie exhaussée repose sur un mur mitoyen et sur un terrain commun; mais le code consacre cette anomalie, puisqu'il admet que les divers étages d'une maison peuvent appartenir à divers propriétaires (art. 664). De là suit que le voisin qui a exhaussé peut exercer tous les droits qui découlent de la propriété. Il peut notamment pratiquer dans la partie exhaussée des jours à verre dormant et à fer maillé (art. 676 et 677). La cour de Douai a jugé en sens contraire, mais cet arrêt est en opposition formelle avec le texte de la loi. Il y est dit que la partie non mitoyenne reposant sur un mur mitoyen et sur un terrain commun, il en résulte que la partie du mur qui est propriété exclusive de l'un ne joint pas immédiatement l'héritage de l'autre (1). On a répondu que cela est trop subtil; à vrai dire, c'est une erreur, car la partie non mitoyenne étant considérée comme une propriété distincte, il est vrai de dire qu'elle touche immédiatement l'héritage voisin. Une autre conséquence du droit exclusif de propriété qui appartient au voisin qui a exhaussé est consacrée par l'article 658, c'est « qu'il doit payer seul les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune. »

564. L'article 660 porte que « le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la *dépense* qu'il a coûté, et la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. » Cette disposition est une conséquence du

(1) Douai, 17 février 1810 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 546). En sens contraire, Duranton, t. V, p. 374, n° 333, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. II, p. 427, note 44).

principe posé par l'article 661, en vertu duquel tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen. Mais il y a une différence de rédaction entre les deux articles. Quand c'est le voisin qui acquiert la mitoyenneté de la partie exhaussée d'un mur mitoyen, il doit payer la moitié de la *dépense;* quand c'est un propriétaire qui rend mitoyen un mur appartenant à son voisin, il paye la moitié de la *valeur*. La différence peut être considérable entre la *valeur* et la *dépense*. Pourquoi la loi établit-elle des conditions différentes pour l'exercice d'un seul et même droit, l'acquisition de la mitoyenneté? En général quand on achète une chose, on la paye ce qu'elle vaut, et non ce qu'elle a coûté; l'article 661 ne fait donc qu'appliquer le droit commun; tandis que l'article 660 y déroge, sans doute pour empêcher que le voisin ne spécule aux dépens de celui qui exhausse le mur, en le laissant faire, sauf ensuite à acheter la mitoyenneté en payant la moitié de la valeur, laquelle le plus souvent est bien au-dessous de la dépense. Mais que faut-il décider si l'acquisition se fait à une époque éloignée de celle où le mur a été exhaussé? Il n'y a plus de soupçon de spéculation, et d'un autre côté le mur ayant diminué de valeur, ne serait-il pas injuste de maintenir la décision de l'article 660, alors que les motifs qui l'ont fait porter n'existent plus? C'est l'opinion générale (1). A notre avis, il y a doute. Le législateur ne nous a pas fait connaître les raisons qui ont dicté la disposition de l'article 660; dès lors il est très-chanceux d'en restreindre l'application par les motifs que l'on suppose aux auteurs du code. Il nous semble plus sûr et plus juridique de s'en tenir au texte.

565. Si le voisin qui veut exhausser le mur mitoyen est obligé de le reconstruire en entier à ses frais, le nouveau mur n'en devient pas moins mitoyen; cela résulte du texte même de l'article 659 : c'est le *mur mitoyen* qui est reconstruit; le nouveau prend la place de l'ancien. La seule différence entre ce cas et celui où les deux voisins

(1) Duranton, t. V, p. 377, n° 334. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II p. 198, n° 293. Demolombe, t. XI, p. 418, n° 375. Demante, t. II, p. 607 n° 515 *bis* I.

le reconstruisent, est que, dans le dernier cas, les frais sont communs. Si le nouveau mur est mitoyen, n'en faut-il pas conclure qu'il est mitoyen pour le tout, et que le voisin, qui n'a pas contribué aux frais de construction, a les mêmes droits que celui qui l'a élevé? Il y a quelque incertitude sur cette question dans la doctrine. Un point est certain; c'est que si le mur était détruit, et si l'on partageait le sol, la partie du terrain qui a été fournie pour la reconstruction appartiendrait exclusivement au voisin qui a dû la prendre sur son fonds; c'est dire qu'il en a conservé la propriété. Il faut dire la même chose pour la partie correspondante des matériaux, car il y a même raison de décider; c'est le propriétaire qui les a payés, et il doit les payer aussi souvent qu'il y a lieu de reconstruire le mur. Ne faut-il pas aller plus loin, et dire que le voisin profitant de la solidité plus grande du mur, devra à celui qui a fait la dépense une indemnité proportionnée à l'avantage qu'il en retire? Dans la doctrine que nous avons enseignée, l'affirmative n'est guère douteuse; s'il peut réclamer une indemnité pour le préjudice qu'il souffre par suite de la reconstruction, il est juste qu'il paye une indemnité pour l'avantage qu'il en retire. Dans l'opinion générale, au contraire, il serait dur, disons-le, injuste, que le voisin qui doit souffrir la reconstruction, sans pouvoir réclamer une indemnité pour le dommage qu'il éprouve, fût tenu de payer un avantage qui est loin de compenser ses pertes (1).

d) *Limite des droits résultant de la mitoyenneté.*

566. La mitoyenneté est une copropriété. Or, le copropriétaire, par cela même qu'il n'est pas propriétaire exclusif, n'a pas un pouvoir absolu comme celui-ci. Quelle est la limite précise des droits qu'il peut exercer sur la chose commune? Il importerait beaucoup d'avoir un principe certain à cet égard; il préviendrait les difficultés que nous avons rencontrées. Malheureusement la loi est muette,

(1) Comparez Demolombe, t. XI, p. 470, n° 407; Marcadé, t. II, p. 574, art. 659, n° 1; Aubry et Rau, t. II, p. 427 et note 15

et les meilleurs auteurs sont en désaccord, sans même qu'ils se donnent la peine de discuter la question. Pothier pose le principe dans les termes suivants : « Nous devons user de la chose commune en bons pères de famille, et sans causer de *préjudice* à celui avec qui elle nous est commune. » C'est là le vrai principe, à notre avis ; nous en avons fait plus d'une fois l'application (n[os] 555, 561). Pothier n'y est pas resté fidèle, puisqu'il permet au copropriétaire du mur mitoyen de l'exhausser, quel que soit le préjudice qu'il cause au voisin, et sans qu'il soit tenu de l'indemniser. Il suit, sans s'en rendre compte, un principe différent, que Zachariæ formule dans ces termes : « Quelque étendus que soient les droits que confère la mitoyenneté, l'un des voisins ne peut cependant se permettre des innovations qui seraient de nature à porter atteinte au *droit* égal et réciproque de l'autre (1). » Ce principe est bien plus large que celui de Pothier. D'après ce dernier, le communiste dépasse son droit dès qu'il cause un *préjudice* à son voisin. D'après le premier, il est dans son droit dès qu'il ne lèse pas le *droit* de son voisin, alors même qu'il lui causerait un préjudice. C'est, à vrai dire, le principe qui régit la propriété exclusive, car le propriétaire aussi doit respecter les *droits* de ses voisins. N'est-ce pas une preuve que le principe de Zachariæ est trop large? Il est impossible que le communiste ait un pouvoir aussi étendu que le propriétaire. La limite de son pouvoir est plus étroite qu'on ne le dit communément ; son droit s'arrête là où il y a préjudice pour le copropriétaire.

567. Le code ne prévoit qu'une conséquence du principe, sur laquelle il ne pouvait y avoir de doute, dans aucun système. Aux termes de l'article 675, l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. Pothier en donne une raison péremptoire. « Le mur mitoyen, dit-il, étant fait pour s'enclore et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, il s'ensuit que l'un des voisins ne peut,

(1) Pothier, *De la société*, n° 208. Aubry et Rau, t. II, p. 428.

sans le consentement de l'autre, s'en servir pour d'autres usages; c'est pourquoi il ne peut faire des trous ou fenêtres dans l'héritage du voisin. » Telle est cependant l'incertitude qui règne en cette matière, qu'au conseil d'Etat Tronchet critiqua la disposition de l'article 675; il l'approuvait lorsque le voisin avait bâti contre le mur mitoyen, parce qu'alors il faut empêcher l'un des copropriétaires d'avoir des vues dans l'habitation de l'autre; mais s'il n'y avait aucune construction, il lui semblait que la restriction concernant les jours n'avait plus de raison d'être. Treilhard lui répondit que le mur mitoyen est une propriété commune, d'où suit qu'aucun des voisins n'en peut disposer sans le consentement de l'autre (1). Non, certes, le communiste ne peut pas disposer de la chose commune, il n'a pas le droit d'abuser; mais pratiquer des fenêtres, ce n'est pas abuser, c'est user. Pourquoi donc le copropriétaire du mur mitoyen n'en a-t-il pas le droit? Il n'y a d'autre raison que celle donnée par Pothier, c'est que telle n'est pas la destination d'un mur qui doit servir de séparation et d'appui.

568. L'application de l'article 675 a donné lieu à de fréquents débats lorsque l'un des héritages séparés par un mur mitoyen est exproprié pour cause d'utilité publique : le propriétaire du bâtiment qui subsiste peut-il en ce cas ouvrir des jours ou des vues dans le mur? Il est certain que l'expropriation ne donne pas à celui des voisins qui conserve sa maison un droit exclusif au mur : il était communiste et il reste communiste. Mais que devient le droit de l'autre voisin? S'il est exproprié d'un terrain ouvert joignant le mur, il conserve la copropriété du mur : mais ce mur n'est plus un mur mitoyen, puisqu'il ne sépare plus deux héritages; c'est une chose commune; il faut donc appliquer les principes qui régissent la communauté. D'après ces principes, l'un des communistes peut faire usage de la chose commune, pourvu qu'il ne porte pas préjudice aux droits et à la jouissance de son copropriétaire; or, celui qui, dans l'espèce, pratique une ouverture dans le mur

(1) Pothier, *De la société*, nº 218. Séance du conseil d'Etat du 4 brumaire an XII, nº 29 (Locré, t. IV, p. 169).

commun ne cause certes pas un préjudice au voisin exproprié, et il ne lèse pas ses droits, car ses droits se réduisent à partager le sol et les matériaux quand le mur sera détruit (1). Si l'héritage exproprié était un bâtiment, dans ce cas le mur mitoyen a été acquis par la ville qui fait l'expropriation; elle succède donc au droit du vendeur, et partant le mur reste mitoyen entre l'un des voisins et la ville. Aussi longtemps que le bâtiment exproprié n'est pas démoli ni incorporé à la voie publique, la mitoyenneté subsiste avec tous ses effets (2). Mais que faut-il décider si le bâtiment est démoli et incorporé à la voie publique? Même en ce cas nous croyons que la mitoyenneté subsiste; il n'y a pas de raison juridique qui la fasse cesser, puisqu'il y a toujours deux fonds, bien que l'un de ces fonds fasse partie du domaine public. De là suit que la ville pourrait se prévaloir de l'article 675, si elle y avait intérêt (3). Le plus souvent elle n'y a aucun intérêt; elle peut donc renoncer au droit que lui donne la mitoyenneté, et elle y renonce implicitement en autorisant les travaux (4). Mais elle peut aussi n'autoriser les travaux que moyennant indemnité, car elle reste copropriétaire du mur tant qu'elle n'a pas cédé son droit ou que le voisin n'a pas prescrit la propriété.

Nº 3. DES FOSSÉS MITOYENS.

I. *Quand les fossés sont mitoyens.*

569. « Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens » (art. 666). Cette présomption est fondée, comme celle de la mitoyenneté des murs, sur l'intérêt commun des deux voisins dont les héritages sont séparés par un fossé. Le fossé peut être destiné à faciliter l'écoulement des eaux, ou servir de clôture, ou borner les propriétés contiguës; dans tous les cas, les deux voisins ont un inté-

(1) Arrêt de rejet du 31 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).
(2) Arrêts de rejet du 21 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 375) et du 31 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 257).
(3) Paris, 23 mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 124).
(4) Paris, 23 mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 125) et arrêt de rejet du 21 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 373).

rêt égal au fossé, il est donc probable qu'ils l'ont creusé à frais communs. Cette probabilité et la présomption qui en découle conservent leur force, que les deux héritages soient clos ou non. Aussi la loi ne distingue-t-elle pas, comme elle le fait pour le mur de clôture qui se trouve dans un champ (art. 653) et pour les haies qui séparent deux fonds : le mur et les haies ne sont présumés mitoyens qu'entre enclos, tandis que le fossé est réputé mitoyen, alors même que l'un des héritages serait clos de tous côtés par des fossés et que l'autre n'aurait pas de fossés sur trois de ses côtés. Cette différence s'explique par la raison même sur laquelle se fonde la présomption en matière de fossés ; ils profitent toujours aux deux riverains, ne fût-ce que pour l'écoulement des eaux, il y a donc toujours un intérêt commun, ce qui suffit pour justifier la présomption de mitoyenneté (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Limoges (2). Dans l'espèce, un taillis se trouvait entouré de fossés, tandis que le fonds contigu était une terre labourable non close ; la cour décida que toutes les probabilités étaient en faveur du propriétaire du taillis, intéressé à se clore pour préserver les arbres des dégâts que les animaux y pourraient faire, tandis que l'autre voisin n'avait aucun intérêt à se clore. La cour avait raison en fait, mais tort en droit. Parfois les probabilités sur lesquelles la loi fonde une présomption font défaut ; la présomption n'en conserve pas moins sa force, sauf à la partie intéressée à la combattre par la preuve contraire.

570. L'article 666 ajoute : « S'il n'y a titre ou marque du contraire. » C'est l'application d'un principe général ; toute présomption admet la preuve contraire, sauf dans les cas exceptés par l'article 1352. Les présomptions de propriété, ne rentrant pas dans ces exceptions, restent dans la règle : elles peuvent donc être combattues. Avant tout il faut voir si la présomption existe. Celui qui l'invoque doit prouver qu'il est dans les conditions voulues par la loi. La condition essentielle, c'est que le fossé sépare deux héritages ; si donc il y avait une borne au delà du fossé, on ne

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 433 et note 69. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 781.
(2) Limoges, 1er août 1839 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 581).

serait plus dans le cas de l'article 666, le fossé serait la propriété exclusive de l'un des voisins, sauf à l'autre à contester la borne, soit au posessoire, soit au pétitoire (1).

Quant aux preuves de non-mitoyenneté, l'article 666 en cite deux, le titre et la marque du contraire. Le titre peut établir la propriété exclusive de l'un des voisins ; c'est le droit commun. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur le mur présumé mitoyen. L'article 667 dit qu'il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé, et l'article 668 en conclut que le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. Ces principes sont empruntés aux coutumes. Pothier établit à cet égard les règles qui sont consacrées par le code civil. Loysel formule en ces termes les présomptions des articles 667 et 668 : *Qui a douve, il a fossé.* On appelle *douve* le rejet ou la levée de la terre, qui se fait quand on creuse le fossé ou qu'on le cure. Lorsque la douve ou le jet est en entier du côté de l'un des voisins, le fossé est présumé lui appartenir. Cela est fondé en raison : en supposant que les terres rejetées soient utiles, le voisin ne souffrirait pas que l'autre riverain en profitât seul, si le fossé était commun : quand le rejet est sans valeur et constitue un embarras, le voisin intéressé demanderait qu'il soit fait sur les deux bords du fossé s'il était commun. Donc le jet d'un côté établit, en toute hypothèse, une probabilité de propriété exclusive en faveur du voisin du côté duquel les terres sont rejetées. Pour qu'il y ait marque de non-mitoyenneté, il faut que le rejet soit *en entier* d'un côté du fossé. Ceci est une question de fait ; il a été jugé qu'il ne suffit pas qu'il y ait d'un côté quelques exhaussements de terrain, que l'on pourrait attribuer au rejet, pour que l'on admette que les terres ont été rejetées sur l'une et l'autre rive ; dans l'espèce, ces exhaussements n'étaient pas continus, par cela même ils étaient accidentels, et ne pouvaient être invoqués pour établir une copropriété (2).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 68. Duranton, t. V, p. 390, n° 349.
(2) Arrêt de rejet du 22 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 475).

La présomption admise par les coutumes et consacrée par les articles 667 et 668 a cette conséquence que, lorsque le rejet est des deux côtés, le fossé, à défaut de titres, est réputé commun. Dans ce cas, les marques confirment la présomption de mitoyenneté qui existe en vertu de l'article 666 : les terres jetées des deux côtés, dit Pothier, démontrent que le fossé a été fait par les deux voisins, sur les extrémités de leurs héritages. Il suit encore de la même présomption que s'il n'y a apparence de jet ni d'un côté ni de l'autre, le fossé est réputé commun : la présomption de mitoyenneté subsiste, puisqu'il n'y a pas de marque du contraire (1).

571. Le code n'établit qu'une seule marque de non-mitoyenneté. Peut-on en admettre d'autres? Sauf le dissentiment de Demolombe, suivi par Dalloz, tout le monde est d'accord pour enseigner la négative. A notre avis, il n'y a aucun doute. La marque de non-mitoyenneté de l'article 667 est une présomption légale de propriété exclusive, d'après l'article 668. Des présomptions légales peuvent-elles être étendues? Ce serait créer une présomption légale sans loi, ce qui est une hérésie juridique (2). Il a été jugé, par application de ce principe, que le fait de curer le fossé n'établit pas une présomption de propriété en faveur de celui qui cure le fossé, quand même il emploierait à la culture de son fonds les terres provenant du curage. Il y a là une probabilité de fait, mais une probabilité ne devient une présomption que lorsque le législateur la sanctionne à ce titre (3).

Il y avait dans l'ancien droit une présomption en vertu de laquelle le fossé joignant une haie appartenait au propriétaire de la haie. De là l'adage : *le fossé appartient à la haie.* Cette présomption n'étant pas maintenue par le code civil, il faut décider qu'on ne peut plus l'invoquer, au moins pour les fossés construits depuis la publication du

(1) Pothier, *De la société*, n° 224. Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 70 et les auteurs qui y sont cités.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 433, note 70. En sens contraire, Demolombe, t. XI, p. 519, n° 458 et Dalloz, au mot *Servitude*, n° 577. Comparez ce que nous avons dit plus haut, n° 535.

(3) Angers, 6 mars 1835 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 579).

code. Le fossé serait, au contraire, réputé commun, puisqu'on suppose qu'il se trouve sur la ligne qui sépare deux héritages (1).

572. L'article 666 ne mentionne pas la prescription; cela était inutile, puisqu'elle est de droit commun. Il est donc certain qu'un fossé présumé mitoyen peut être acquis par le voisin pour la toute propriété, s'il l'a possédé avec les conditions requises pour la prescription; de même un fossé présumé non mitoyen peut devenir mitoyen par la prescription, car on peut prescrire la copropriété aussi bien que la propriété exclusive. Il faut, bien entendu, que la possession réunisse les caractères exigés par la loi : elle doit être publique, non équivoque, à titre de propriétaire (art. 2229). Ces caractères se rencontreront rarement dans cette matière, parce que les faits de possession concernant un fossé sont rares : tantôt la publicité manquera, tantôt on pourra soutenir que ce sont des actes de tolérance. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Caen, le demandeur prétendait avoir acquis par prescription la propriété de la répare (2) et la mitoyenneté du fossé; le défendeur avait en sa faveur la présomption de non-mitoyenneté résultant du rejet, et de plus la preuve de propriété fournie par les bornes qui concordaient avec les marques de non-mitoyenneté. La cour rejeta les prétentions du demandeur, parce que la possession n'était pas publique et parce qu'elle était équivoque (3).

La possession d'an et jour suffit-elle pour détruire les présomptions de mitoyenneté et de non-mitoyenneté établies par les articles 666-668? Nous avons répondu d'avance à la question, en traitant des présomptions qui prouvent la mitoyenneté du mur; elles tombent devant la prescription, mais non devant la possession annale. Les raisons de décider sont identiques pour les fossés mitoyens. Il a été jugé, conformément à ces principes, que la possession d'an

(1) Duranton, t. V, p. 392, nos 354 et 355.
(2) On entend par *répare* la lisière de terrain laissée par celui qui creuse un fossé au delà de ce fossé, soit pour prévenir les éboulements du sol, soit pour faciliter le curage et les réparations.
(3) Caen, 5 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 2, 39). Comparez Duranton, t. V, no 395, no 358).

et jour ne détruit pas les présomptions établies par la loi pour en induire la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté du fossé (1).

573. Il peut y avoir conflit entre les présomptions légales et le titre. Dans ce cas, le titre l'emportera. Nous avons dit qu'il en est ainsi pour les présomptions que la loi établit en matière de murs mitoyens (n° 537). Il y a identité de motifs en ce qui concerne les fossés mitoyens. Ainsi le rejet se trouve d'un côté seulement du fossé ; c'est une présomption de propriété exclusive au profit de celui du côté duquel est le rejet ; mais il y a un titre qui prouve que le fossé est mitoyen : la présomption cède devant le titre. Le voisin qui aurait le rejet de son côté ne pourrait combattre le titre que par la prescription.

II. *Droits et charges résultant de la mitoyenneté.*

574. Le code ne parle pas des droits résultant de la mitoyenneté du fossé. C'est qu'il n'y a guère de droits à exercer, et le principe qui les régit n'est point douteux : il y a analogie complète entre le fossé mitoyen et le mur mitoyen. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit des droits que donne la mitoyenneté du mur. Les terres qui proviennent du curage et qui servent d'engrais se partagent entre les deux communistes, ainsi que les autres produits que l'on peut tirer du fossé, tels que les herbes et le bois. S'il se trouvait des arbres dans le fossé, ils seraient mitoyens, car les arbres sont l'accessoire du sol ; le sol étant commun, les arbres le sont aussi. Deux voisins se sont disputé jusqu'en cassation un arbre crû dans un fossé. La demanderesse ne parvint pas à prouver que le fossé était mitoyen ; le sol appartenant au défendeur, l'arbre devait lui être adjugé (2). Aux termes de l'article 673, les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens, et chacun des propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus. Il faut décider la même chose pour les arbres qui

(1) Bourges, 26 mai 1825 ; Douai, 15 février 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 584, 1°, 2°). Voyez, plus haut, p. 622, n° 540.
(2) Arrêt de rejet du 22 février 1830 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 626).

croissent dans un fossé mitoyen; la raison est la même. Le procès que nous venons de rappeler prouve jusqu'à quels excès va l'animosité entre voisins. Il est sage de les prévenir, en permettant le partage de la chose commune, lorsque aucun motif d'intérêt public ne s'y oppose (1). Nous dirons plus loin si les fossés mêmes peuvent être partagés.

575. « Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs » (art. 669). Cette charge est une conséquence des principes généraux qui régissent la mitoyenneté. On demande s'il faut appliquer par analogie aux fossés ce que l'article 656 dit des murs mitoyens : le copropriétaire peut-il se dispenser de contribuer aux charges en abandonnant le droit de mitoyenneté? La question est controversée. D'après les principes généraux, il n'y aurait aucun doute. L'article 656 n'est pas une disposition particulière aux murs mitoyens, c'est l'application d'un principe qui régit les choses communes et les obligations que la communauté engendre; comme il n'y a aucun lien personnel, le communiste peut s'en affranchir en abandonnant la chose à raison de laquelle il est tenu. La seule difficulté est donc de savoir si le code déroge à ces principes en ce qui concerne les fossés mitoyens. Il y a un léger doute. C'est que dans l'ancien droit la question était déjà débattue; Goupy, l'annotateur de Desgodets, se prononçait pour la négative, par le motif que les frais d'entretien d'un fossé sont si minimes, que l'abandon ne se justifiait guère. Le code, en gardant le silence, n'a-t-il pas sanctionné cette opinion? Nous ne le croyons pas. La grande autorité que le législateur français suit, c'est Pothier; or, Pothier établit le principe du droit d'abandon d'une manière absolue; toute chose commune peut être abandonnée, dit-il; et il applique formellement la règle aux fossés ainsi qu'aux haies (2). Cela nous paraît décisif, d'autant plus que la raison donnée par Goupy est mauvaise. C'est au copropriétaire à voir

(1) Demolombe, t. XI, p. 520, n° 460.
(2) Desgodets, sur l'article 13 *de la Coutume de Paris*, n° 2, et les note de Goupy. Pothier, *De la société*, n°s 229 et 226. Demante, t. II, p. 617, n° 523 *bis*. Demolombe, t. XI, p. 521, n°s 461 et 462. En sens contraire, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 205, n° 303.

quel est son intérêt et à agir en conséquence; le législateur ne se mêle pas des affaires privées; il donne des droits, sauf aux particuliers à en user ou non, selon leurs convenances.

La faculté d'abandonner la mitoyenneté reçoit des exceptions. Quand le fossé sert de borne, on admet que le copropriétaire ne peut pas en faire l'abandon. On se fonde sur l'article 646, aux termes duquel tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës (1). La raison n'est rien moins que décisive. Qu'est-ce qui empêche le voisin, qui abandonne la mitoyenneté du fond, de contribuer ensuite à la plantation de bornes? Il satisfait à l'article 646, tout en usant du droit que lui donne la communauté. Les annotateurs de Zachariæ admettent l'exception dans un autre sens; ils disent que le droit d'abandonner la mitoyenneté ne peut pas être exercé par celui des voisins auquel le fossé sert pour l'écoulement des eaux pluviales ou ménagères. En effet, le communiste ne peut pas abandonner la chose commune quand elle lui est nécessaire et qu'après l'avoir abandonnée il continue à s'en servir. L'article 656 applique ce principe au mur mitoyen et décide que celui dont il soutient le bâtiment ne peut abandonner la mitoyenneté. Il y a identité de raison pour le fossé mitoyen (2).

Il y a une seconde exception fondée sur l'intérêt public. Si le fossé sert de lit à une eau courante, il tombe sous l'application de la loi du 14 floréal an XI, qui permet à l'administration d'en ordonner le curage : c'est une charge qui pèse sur les riverains, et les particuliers ne peuvent pas s'affranchir d'une charge publique. Les autorités locales auraient aussi le droit de prescrire le curage des fossés pour des motifs de salubrité; dans ce cas encore, la charge serait d'intérêt général, et par suite aucune renonciation, aucune dérogation ne serait admise (3).

(1) Demolombe, t. XI, p. 522, nº 461. C'est l'opinion générale (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 586).
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 434 et note 75.
(3) Voyez les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. II, p. 434, note 74.

N° 4. DES HAIES MITOYENNES.

I. *Quand les haies sont mitoyennes.*

576. « Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne » (art. 670). On demande si cette disposition s'applique aux haies sèches. Quand on s'en tient au texte, il n'y a aucun doute, les termes sont généraux et excluent toute distinction. Mais la question devient douteuse si on laisse là la lettre de la loi pour en pénétrer l'esprit. Il y a un motif particulier qui fait présumer la mitoyenneté des haies plantées sur la limite de deux héritages. Le propriétaire ne peut pas faire de plantation sur la ligne qui les divise; il doit observer la distance prescrite par les règlements ou usages, et, à leur défaut, il ne peut planter une haie vive qu'à la distance d'un demi-mètre. Lors donc qu'une haie se trouve sur la ligne qui sépare deux héritages, on doit supposer qu'elle a été plantée du consentement des deux propriétaires, et par suite qu'elle leur appartient en commun. On ne peut pas en dire autant des haies sèches; le propriétaire a le droit de les planter sur la limite extrême de son fonds; c'est à peine si l'on peut dire que c'est une clôture; il n'y a donc pas de raison de présumer qu'elle est mitoyenne (1). Ces motifs auraient un grand poids s'ils avaient été donnés par les auteurs du code. Mais rien dans les travaux préparatoires n'indique que la présomption de l'article 670 soit fondée sur la disposition de l'article 671. Il faut donc s'en tenir au texte. La présomption a d'ailleurs sa raison d'être, alors même que la haie est sèche, c'est le motif qui justifie toutes les présomptions de mitoyenneté, l'intérêt commun des deux voisins. Si l'on ne présume pas que la haie est mitoyenne, où sera le motif de se décider en faveur de l'un des voisins plutôt qu'en faveur de l'autre (2)?

577. Pour qu'il y ait présomption de mitoyenneté, il

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 205, n° 304.
(2) C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. II, p. 434, note 77); Demolombe, t. XI, p. 531, n° 469).

faut, d'après l'article 670, que la haie sépare deux héritages. Si la haie ne se trouve pas sur la ligne séparative de deux fonds contigus, la présomption cesse, et elle n'a plus de raison d'être. Comment saura-t-on si la haie se trouve sur la limite? La question se décide d'après le droit commun. S'il y a des bornes au delà des haies, on ne peut plus dire que la haie sépare les héritages; ils sont séparés par les bornes, et par conséquent la haie sera la propriété de celui sur le fonds duquel elle a été plantée (1). Il en serait de même si, au delà de la haie, il y avait un fossé mitoyen; le fossé servirait de séparation, et par conséquent la haie appartiendrait au maître du fonds sur lequel elle existe, comme accessoire du fonds. Ce dernier point donne lieu à des difficultés.

Nous avons dit plus haut (n° 571) que le code ne reproduit pas la présomption que plusieurs coutumes admettaient, et qui avait donné lieu à l'adage : que le fossé appartient à la haie. La question doit donc se décider d'après les principes généraux. Quand le fossé est mitoyen, il n'y a pas de doute, comme nous venons de le dire; et lorsque le fossé appartient à l'un des voisins, il ne peut pas même y avoir de question. Mais que faut-il décider si la propriété ou la mitoyenneté du fossé est contestée? Ce point est décisif, quant à la propriété de la haie ; il faut donc voir avant tout à qui appartient le fossé. On invoque d'ordinaire des probabilités dont on fait des présomptions en faveur de l'un ou de l'autre des deux voisins (2). Cela aboutit à créer des présomptions légales sans loi, ce qui est inadmissible. Ainsi l'un des voisins prétend qu'il a planté la haie à la distance voulue par l'article 671, et que sur le terrain qu'il a dû laisser au delà de la haie, il a creusé un fossé; il réclame donc le fossé et la haie comme sa propriété exclusive. A vrai dire, l'article 671 n'établit aucune présomption, et on n'en peut déduire aucune, car l'interprète n'a pas le droit de créer des présomptions. Il y a une présomption de mitoyenneté pour le fossé à condi-

(1) Duranton, t. V, p. 403, n° 367.
(2) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XI, p. 535, n° 476, et dans Dalloz, au mot *Servitude*, n° 614.

tion qu'il se trouve entre deux héritages, ce que nous supposons. Celui qui veut combattre cette présomption doit produire un titre, ou établir la prescription; il peut encore invoquer la marque de non-mitoyenneté consacrée par l'article 668. Le résultat du débat sur la propriété du fossé décidera la question de la propriété de la haie. L'autre voisin soutiendra-t-il que c'est la haie qui est mitoyenne, et que le fossé lui appartient? Il devra prouver qu'il est propriétaire du fossé; et s'il n'a pas en sa faveur la marque de non-mitoyenneté de l'article 668, il devra faire preuve de sa prétention par titre ou par prescription. S'il ne parvient pas à administrer cette preuve, le fossé sera mitoyen en vertu de l'article 666, ce qui aura pour conséquence la propriété exclusive de la haie au profit de l'autre voisin. En définitive, c'est le droit commun qui décide. Si la question a donné lieu à tant d'avis différents, c'est que l'on a voulu recourir à des présomptions sans autre base que de simples probabilités. On simplifierait de beaucoup les questions controversées, si on laissait là les prétendues présomptions que les auteurs imaginent chacun pour le besoin de sa cause.

578. La présomption de mitoyenneté de la haie cesse, aux termes de l'article 670, lorsqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Cela veut dire que dans ce cas la haie appartient exclusivement au propriétaire de cet héritage, en vertu d'une présomption de non-mitoyenneté qui résulte de la loi. Le code suit pour les haies le principe qu'il établit pour les enclos dans les champs et pour le mur qui sépare deux bâtiments, c'est-à-dire qu'il n'admet la présomption de mitoyenneté que si les deux héritages sont clos, tandis que les fossés sont réputés mitoyens alors même que les fonds ne seraient pas en état de clôture. Pourquoi la loi fait-elle de la clôture une condition sans laquelle la haie n'est pas réputée mitoyenne? C'est que les haies, de même que les murs, sont destinées surtout à clore les héritages; lors donc que l'un des héritages est clos et que l'autre ne l'est pas, on doit supposer que la haie a été plantée par celui qui a pris soin de clore son fonds, car elle complète sa clôture, tandis qu'elle n'est

d'aucune utilité à l'autre voisin dont le fonds est ouvert. Si aucun des fonds n'était clos, la présomption de mitoyenneté reprendrait son empire; on suppose que, dans ce cas, la haie a été plantée pour borner les héritages contigus (1).

Dans l'ancien droit, on tenait compte de l'intérêt plus ou moins grand que l'un des voisins avait à clore son héritage, pour décider la question de propriété ou de mitoyenneté. Ainsi, dit Pothier, si la haie est entre des vignes ou des prés d'un côté, et des terres labourables ou des prés de l'autre, elle est présumée appartenir au propriétaire de la vigne ou du pré; parce qu'il n'y a pas d'apparence que l'autre voisin, dont les héritages n'avaient pas besoin de clôture, y ait contribué, alors qu'il n'y avait aucun intérêt. Le code rejette ces présomptions par cela seul qu'il ne les reproduit pas. Il est bien difficile d'apprécier l'intérêt que chaque voisin peut avoir à se clore; l'appréciation de cet intérêt si divers et si changeant conduirait à des décisions arbitraires et souvent erronées. Le législateur a préféré une présomption générale qui trompe rarement : là où il y a clôture des deux côtés, il y a intérêt commun à se clore : là où aucun des fonds n'est clos, il y a intérêt commun à délimiter les héritages (2).

Il en est de même de tous les anciens usages qui établissaient des présomptions, selon la culture diverse des fonds contigus. L'un des fonds est un bois; il était d'usage dans certaines localités que la haie qui se trouvait entre le bois et l'héritage voisin fût entretenue par le propriétaire de l'héritage, aux dépens du bois; de là une présomption de communauté alors même que le bois n'était pas clos. Il a été jugé que l'article 670 abolit ces usages; il n'y a donc de présomption de mitoyenneté qu'entre des fonds également clos ou non clos (3).

579. Reste à savoir ce qu'il faut entendre, dans l'arti-

(1) Duranton, t. V, p. 403, n° 368. Demolombe, t. XI, p. 531, n° 471.

(2) Pothier, *De la société*, n° 225. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 205, n° 304. Pardessus, t. Ier, p. 420, n° 188; Demolombe, t. XI, p. 533, n° 473.

(3) Bourges, 30 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 612).

cle 670, par ces mots : *héritages en état de clôture.* Le code ne définit pas la clôture, et comme il s'agit d'une condition requise pour l'existence d'une présomption légale, on ne peut pas ajouter à la loi, pas plus qu'on n'en peut retrancher quoi que ce soit. Il faut donc décider que la clôture est une question de fait, et que l'héritage sera clos dès qu'il sera entouré de murs et d'une haie, ou de fossés et d'une haie, ou de haies de tous côtés. Tel n'est pas l'avis de Duranton. Comme l'article 670 parle d'une clôture spéciale consistant en haies, il en conclut que par héritages clos l'on entend des fonds entourés de tous côtés de haies vives; d'où il induit que si l'un des héritages était entouré de haies vives des quatre côtés, tandis que l'autre serait entouré des trois côtés de fossés ou de haies sèches, la haie qui les sépare ne serait pas présumée mitoyenne, et devrait être attribuée au propriétaire du fonds entouré de haies de toutes parts. Cette opinion n'a pas trouvé faveur, et avec raison; en effet, elle tend à reproduire les anciens usages qui admettaient des présomptions diverses selon la diversité d'intérêt. La disposition absolue de l'article 670 exclut toutes ces distinctions (1).

580. Suffit-il que les deux héritages soient clos au moment où le débat s'engage, ou faut-il avoir égard à l'époque où la haie a été plantée? et si à cette époque un seul des héritages était clos, y aura-t-il néanmoins présomption de mitoyenneté? Il est de principe, en matière de présomptions, que celui qui les invoque doit prouver que les conditions requises pour l'existence de la présomption existent. Or, la présomption de l'article 670 est fondée sur cette supposition que la haie a été plantée de commun accord par les voisins pour se clore. Si donc il est prouvé que lorsqu'elle a été plantée, l'un des héritages seulement était clos, le motif sur lequel repose la présomption vient à tomber. On ne peut pas objecter, comme on le fait pour les murs mitoyens, que le voisin qui s'est clos postérieurement avait intérêt à acheter la mitoyenneté de la haie. D'abord il n'avait pas le droit de forcer le propriétaire à

(1) Demolombe, t. XI, p. 532, n° 472. Duranton, t. V, p. 404, n° 368.

la lui céder, comme nous le dirons plus loin. Puis quel intérêt avait-il à acquérir cette copropriété? Celui qui bâtit a grand intérêt à appuyer son bâtiment sur le mur déjà existant; tandis que celui qui se clôt n'a pas le moindre intérêt à être copropriétaire d'une haie. Donc toutes les bases de la présomption font défaut; partant, il faut décider que la présomption n'existe pas. Il a été jugé, conformément à ces principes, que si une haie a été plantée entre deux héritages clos, elle reste mitoyenne, bien qu'au moment du litige, l'un d'eux ne soit plus en état de clôture : celui qui est copropriétaire de la haie ne peut pas perdre sa propriété, parce que son fonds est déclos, de même que le copropriétaire d'un mur reste propriétaire du mur, alors même que le bâtiment que le mur soutenait vient à être détruit (1).

Que faut-il décider si la haie a été plantée par le propriétaire de deux héritages, lesquels ont ensuite été vendus à deux personnes différentes? L'article 670 n'est plus applicable; on ne peut pas davantage invoquer la destination du père de famille, car si cette destination équivaut à un titre pour l'acquisition des servitudes, on n'en peut dire autant de l'acquisition de la propriété; or, dans l'espèce, il s'agit de propriété et non de servitude. La question doit donc être décidée d'après la volonté des parties contractantes. Il a été jugé que la haie est devenue commune, le vendeur n'ayant aucune raison pour attacher la haie à une portion de son héritage plutôt qu'à l'autre (2).

581. L'article 670, qui présume la haie mitoyenne, ajoute : « S'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire. » Quant au titre, il faut appliquer ce que nous avons dit des fossés et des murs mitoyens; il l'emporte sur toute espèce de présomption. Si la haie avait été plantée avant la publication du code civil, il faudrait avoir égard aux usages sous l'empire desquels les deux parties ont contracté, ces usages étant considérés comme des conventions tacites; or, si l'ancien droit est abrogé, les conventions interve-

(1) Caen, 1er juillet 1857 (Dalloz, 1858, 2, 13).
(2) Bruxelles, 9 avril 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 100).

nues entre les particuliers ne le sont pas. Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens. Il était constaté que, suivant un usage du ban de Herve, les haies formant clôture entre voisins se partageaient entre eux, de manière que chacun cultivait, entretenait et réparait la portion de haie dont il avait la propriété divisée; cet usage a été considéré par la cour comme une convention tacite, et appliqué à ce titre (1).

Que faut-il entendre par *possession suffisante au contraire?* Il va sans dire que l'un des voisins peut prescrire la propriété exclusive de la haie par une possession trentenaire; c'est le droit commun, puisque cette possession équivaut à un titre et en suppose l'existence. On s'est prévalu du texte de l'article 670 pour soutenir que la possession annale suffit pour détruire les présomptions établies par la loi. La jurisprudence, sauf quelques arrêts isolés, a repoussé cette doctrine. On ne voit pas pourquoi la possession d'an et jour aurait plus d'effet en matière de haies qu'à l'égard des fossés et des murs mitoyens. Si le code parle de la possession contraire à la présomption de mitoyenneté des haies, tandis qu'il ne mentionne pas la possession quand il s'agit des murs et des fossés présumés mitoyens, c'est que les faits de possession sont plus fréquents et plus réguliers pour les haies que pour les fossés et les murs. Conclure de là que le législateur a donné à la possession annale un effet qu'elle n'a pas d'ordinaire, c'est faire un mauvais raisonnement. La loi ne déroge pas aux principes généraux par un mot équivoque. On peut même soutenir que les mots *possession suffisante* ne sont pas équivoques. En effet, la loi met la possession sur la même ligne que le titre, elle équivaut donc à un titre; or, quelle est la possession qui vaut titre? C'est la possession trentenaire, et non la possession annale (2).

(1) Liége, 5 janvier 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 185).
(2) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 435, note 31, et les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Servitude*, nº 606. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Bordeaux du 5 mai 1858 (Dalloz, 1858, 5, 337), mais il affirme au lieu de motiver.

II. *Des droits et charges résultant de la mitoyenneté.*

582. Le code ne dit rien des droits et charges qui résultent de la mitoyenneté des haies. C'est qu'il venait de parler des fossés et des murs mitoyens, et les principes sont identiques. Pothier en fait l'application en quelques lignes. Le bois qui provient de la tonte de la haie et les fruits des arbres qui s'y trouvent se partagent entre ceux à qui elle est commune. Chacun d'eux est aussi tenu à l'entretien et aux réparations qui sont à faire. Pothier ajoute : si mieux il n'aime abandonner son droit de communauté (1). C'est le droit commun, en matière de charges résultant de la mitoyenneté. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 546).

III. *Des arbres mitoyens.*

583. Aux termes de l'article 673, les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. C'est l'application du principe d'après lequel les fruits appartiennent au propriétaire du sol; quand le sol est la copropriété des voisins, les plantes aussi leur appartiennent en commun. Il en serait autrement si les arbres étaient plantés sur la ligne séparative de deux héritages, de manière que le tronc fût en partie sur l'un des fonds et en partie sur l'autre. Il n'y aurait plus de communauté dans ce cas, puisque le sol n'est pas commun. Ce serait une propriété divisée, qui appartiendrait à chacun des voisins proportionnellement à la partie du tronc qui se trouve dans son héritage (2). Quand l'arbre est mitoyen, on applique les principes qui régissent les droits et les charges résultant de la mitoyenneté. Lorsque l'arbre appartient divisément à plusieurs propriétaires, les droits et les charges se divisent dans la même proportion (1). Duranton étend le principe du partage proportionnel au cas où l'arbre est

(1) Pothier, *De la société*, n° 226. Aubry et Rau, t. II, p. 435, et notes 82 et 83.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 786.

mitoyen; selon lui, la mitoyenneté n'est pas parfaite; il appuie sa décision sur des lois romaines. Cette opinion est restée isolée, par une excellente raison, c'est que le texte du code est contraire : l'article 673 dit que les arbres sont mitoyens comme la haie. Est-ce que la haie appartient à chacun des voisins pour une part divisée? La mitoyenneté est parfaite quant à l'arbre, de même qu'elle est parfaite quant à la haie (1).

584. L'article 673 porte que chacun des deux copropriétaires d'un arbre mitoyen peut demander qu'il soit abattu. C'est le droit commun consacré par l'article 815, lequel permet de demander le partage d'une chose commune. Mais la loi n'applique pas ce principe à la mitoyenneté; elle produit, en général, une indivision forcée (n° 494); on admet en conséquence, comme nous allons le dire, que les haies mitoyennes ne peuvent pas être divisées sur la demande de l'un des communistes. La disposition de l'article 673 est donc une exception aux règles qui régissent la mitoyenneté. Cette exception s'explique. Les haies mitoyennes servent de clôture, elles ne nuisent pas à l'agriculture, elles préviennent, au contraire, les empiétements et les usurpations des voisins. Tandis que les arbres nuisent à la culture, et le partage des fruits fait naître chaque année entre les voisins des contestations qu'il importe de prévenir. L'article 673 reçoit une exception, lorsque les arbres servent de bornes. Il est de principe que les bornes plantées d'un consentement mutuel ne peuvent être déplacées sans le concours de volonté des deux voisins; le code pénal range même parmi les délits le fait d'arracher des bornes sans le consentement des propriétaires (art. 456 du code pénal de 1810).

N° 5. PRINCIPES COMMUNS AUX FOSSÉS ET AUX HAIES.

585. Il y a quelques dispositions spéciales aux murs mitoyens qui ne reçoivent pas leur application aux haies et aux fossés. Dans les villes et faubourgs, chacun peut

(1) Duranton, t. V, p. 414, n° 376. Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. II, p. 436, note 86.

contraindre son voisin à construire un mur mitoyen (art. 663); c'est une exception au droit commun, partant de stricte interprétation; donc l'un des voisins ne pourrait pas contraindre l'autre à se clore par un fossé ou une haie. On conçoit d'ailleurs que le but que le législateur a eu en vue en prescrivant la clôture forcée dans les villes ne serait pas atteint si les héritages urbains étaient séparés par un fossé ou par une haie. De même, l'article 661 permet à tout propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen. La cession forcée est aussi une exception au droit de propriété; de là suit que l'on ne peut pas contraindre le propriétaire exclusif d'un fossé ou d'une haie d'en céder la mitoyenneté. Il faut ajouter que les motifs d'intérêt général qui justifient la cession forcée du mur mitoyen sont étrangers aux haies et aux fossés. Tout le monde, ou à peu près, est d'accord sur ces points (1).

586. L'indivision forcée est un des caractères qui distinguent la mitoyenneté des murs (n° 494). En est-il de même des fossés et des haies? Sur ce point il y a quelque incertitude. Il a été jugé que l'un des voisins ne pouvait pas demander le partage d'un fossé commun (2). L'arrêt invoque d'abord un motif donné par Pardessus : la communauté s'étant formée par un concours de volontés, il faut aussi le consentement des deux propriétaires pour y mettre fin. C'est mal poser la question. L'article 815 dit que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, sans distinguer si la communauté a été formée par contrat ou par quasi-contrat. Ce principe est d'ordre public. Si l'on admet qu'il reçoit une exception en matière de mitoyenneté, c'est que l'article 656 implique que les copropriétaires d'un mur mitoyen n'en peuvent demander le partage, ce qui d'ailleurs est en harmonie avec le but que les parties ont eu en vue en construisant un mur mitoyen. La question est donc de savoir si les motifs qui justifient l'indivision forcée

(1) Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XI, p. 514, n° 450, et p. 530, n° 468.

(2) Angers, 1er juin 1836 (Dalloz, au mot *Servitude*, n° 590). Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 523, n° 463, et Aubry et Rau, t. II, p. 434 et note 76. En sens contraire, Duranton, t. V, p. 397, n° 361, et Fournel, *Traité du voisinage*, t. II, p. 111.

des murs mitoyens existent pour les fossés et les haies. D'abord il n'y a pas pour les haies et les fossés de texte analogue à celui de l'article 656; aussi l'abandon de la mitoyenneté des fossés et des haies est-il controversé; si on l'admet, ce n'est pas par application de l'article 656, c'est parce qu'en principe on peut s'affranchir des charges dont on n'est tenu que comme détenteur d'une chose; ce qui n'a rien de commun avec l'indivision forcée. Restent les motifs d'intérêt général; or, il faut avouer qu'ils ne concernent guère que la clôture dans les villes, et là il ne peut s'agir de fossés ni de haies. A la campagne, le seul intérêt que les propriétaires ont, en général, à établir un mur, un fossé ou une haie, à la limite de leurs héritages, c'est le bornage qui empêche les usurpations si fréquentes entre voisins; or, pour cela il n'est pas nécessaire d'un fossé ni d'une haie; des pierres bornes présentent le même avantage, et permettent à chacun des voisins d'utiliser un terrain précieux pour l'agriculture ou pour les constructions.

La cour d'Angers invoque l'article 669 qui impose aux riverains l'obligation d'entretenir le fossé mitoyen à frais communs; de là la cour induit qu'il leur est interdit de le combler. Cela n'est pas sérieux. Sans doute l'un des voisins ne peut pas procéder par voie de fait, comme cela s'était fait dans l'espèce. Il doit demander le partage; tant qu'il n'a pas eu lieu, on appliquera l'article 669; mais du moment que la chose commune sera partagée, il ne peut plus être question de l'entretenir, puisqu'elle n'existe plus. M. Demolombe fait une objection plus sérieuse : l'indivision forcée, dit-il, est de l'essence de la mitoyenneté; elle existe donc de plein droit pour toutes choses mitoyennes. Nous avons répondu d'avance à l'argument, en prouvant que les motifs qui nécessitent la mitoyenneté des murs ne reçoivent pas d'application aux fossés et aux haies. Ajoutons que l'article 673 prouve que toutes choses mitoyennes ne sont pas nécessairement indivises, puisqu'il permet d'arracher et par conséquent de partager un arbre mitoyen. L'indivision forcée, même en ce qui concerne la mitoyenneté, doit plutôt être considérée comme une exception,

puisqu'elle déroge au principe d'ordre public écrit dans l'article 815.

Nous appliquons ces principes aux haies aussi bien qu'aux fossés. Les auteurs mêmes qui admettent le partage du fossé mitoyen s'accordent à maintenir l'indivision forcée des haies. Les motifs que Duranton donne pour justifier cette différence entre les haies et les fossés n'ont aucune valeur; ce sont des considérations de fait, la facilité de creuser un fossé, la difficulté d'établir une haie vive. Qu'est-ce que cela a de commun avec les principes qui régissent l'indivision (1)?

Il a été jugé par la cour de cassation, sur le rapport de Pardessus, que le copropriétaire d'une haie peut l'arracher en la remplaçant par un mur; le mur avait été élevé sur un terrain appartenant exclusivement au constructeur. L'arrêt porte qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; et la cour de Poitiers avait constaté en fait que le voisin n'éprouvait aucun préjudice de la substitution d'un mur à la haie (2). Etait-ce bien une question d'intérêt? C'était plutôt une question de propriété. Celui qui n'est que copropriétaire peut-il disposer de la chose commune? Non, certes. Dans notre opinion, le communiste peut demander le partage de la haie, sauf ensuite à construire sur son fonds telle clôture qu'il veut, mais il ne le peut sans le consentement volontaire ou forcé de son voisin. A plus forte raison ne peut-il pas arracher la haie tout entière. Il fallait donc, dans toute hypothèse, ou le consentement du voisin ou l'intervention de la justice.

(1) Duranton, t. V, p. 417, nº 381. Dans le même sens, Demolombe, t. XI, p. 538, nº 479, et Aubry et Rau, t. II, p. 435 et note 84.
(2) Arrêt de rejet du 22 avril 1829 (Dalloz, au mot *Servitude*, nº 616).

FIN DU TOME SEPTIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE III. — DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION (*suite*).

CHAPITRE PREMIER. — DE L'USUFRUIT (*suite*).

SECTION IV. — *Des obligations de l'usufruitier* (suite).

§ III. *Des obligations de l'usufruitier pendant la jouissance.*

N° 3. Des charges de l'usufruit.

I. *Des charges annuelles grevant le revenu.*

II. *Des charges qui pèsent sur la toute propriété*

III. *Frais des procès.*

§ II. *Conséquences de l'extinction.*

N° 1. Droits du propriétaire.

N° 2. Effet de l'extinction à l'égard des tiers.

CHAPITRE II. — De l'usage et de l'habitation.

§ Ier. *Notions générales.*

§ II. *Comment s'établit le droit d'usage.*

§ III. *Droits de l'usager.*

§ IV. *Obligations de l'usager.*

§ V. *Extinction de l'usage.*

TITRE IV. — DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

CHAPITRE Ier. — NOTIONS GÉNÉRALES.

§ Ier. *Qu'est-ce qu'une servitude?*

§ II. *Caractères des servitudes réelles.*

N° 1. Deux fonds.

N° 2. Une charge ou un service.

—

CHAPITRE III. — Des servitudes établies par la loi.

Section I. — *Division.*

Section II. — *Des servitudes légales d'utilité publique.*

§ Ier. *Énumération.*

No 1. Du marchepied.

No 2. Servitudes de voirie.

No 3. Des autres servitudes légales d'utilité publique.

§ II. *Principes généraux concernant les servitudes légales d'utilité publique.*

SECTION III. — *Des servitudes légales établies pour l'utilité des particuliers.*

§ Ier. *De la copropriété avec indivision forcée.*

N° 1. Principes généraux.

N° 2. Du cas prévu par l'article 664.

§ II. *De la mitoyenneté.*

N° 1. Définition.

N° 2. Des murs mitoyens.

I. *Quand les murs sont mitoyens.*

a) De la construction forcée d'un mur mitoyen.

b) Du droit d'acquérir la mitoyenneté.

1. *Conditions.*

FIN DU TOME SEPTIÈME.